

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'ORDRE CONSENSUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 9 novembre 1909, à 1 heure 1/2

PAR

Paul DEMONTÉ

Président : M. TISSIER, professeur.

Suffragants : { *MM. LE POITTEVIN, professeur.*
 { *GARÇON, professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

10, Rue de Vaugirard, 10 (près l'Odéon)

—
1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'ORDRE CONSENSUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 9 novembre 1909, à 1 heure 1/2

PAR

Paul DEMONTE

Président : M. TISSIER, professeur.

*Suffragants : } MM. LE POITTEVIN, professeur.
GARÇON, professeur.*



PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

10, Rue de Vaugirard, 10 (près l'Odéon)

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES PROCÉDURES D'ORDRE

Etant donné que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, ceux-ci ont le droit, à défaut de paiement de la dette, de saisir les biens du débiteur et de les faire vendre en justice, pour obtenir d'être payés sur le prix. Les créanciers recourront à la saisie-exécution, si le patrimoine du débiteur ne comprend que des biens meubles (art. 582 et s. du Code de Proc. Civ.) ; à la saisie immobilière, si l'obligé est propriétaire d'immeubles et que ses biens mobiliers ne suffisent pas à désintéresser ses créanciers (art. 673 et s. du Code de Proc. Civ.). Ces diverses saisies aboutissent ainsi à la réalisation du gage des créanciers. Il s'agit dès lors, pour ces derniers, d'obtenir leur paiement sur les deniers que la vente des biens du débiteur a laissé apparaître. C'est alors qu'interviennent les procédures d'ordre et de distribution par contribution.

D'une manière générale, ce sont là des procédures qui sont employées dès qu'il y a une somme à distribuer entre des créanciers ; il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que ces sommes représentent le produit de saisies opérées pour liquider le patrimoine du débiteur ; peu importe leur origine ; elles pourraient provenir aussi bien d'une vente volontaire de meubles ou d'immeubles. Il s'agit seulement de régler un concours qui existe entre créanciers invoquant des droits en conflit.

L'ordre a pour objet de distribuer le prix d'un immeuble entre des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Dans la somme mise en répartition, il est nécessaire de comprendre le prix principal de l'immeuble, avec la valeur de ses accessoires (comme les intérêts du prix, ou les fruits immobilisés). C'est par la contribution que sont distribués le prix des effets mobiliers ou les deniers saisis-arrêtés. Il est d'ailleurs certain qu'un même créancier a la faculté de produire à la fois dans l'ordre et dans la contribution. Les créanciers hypothécaires, notamment, ont intérêt à se présenter à la contribution pour toucher ce qu'ils n'ont pu obtenir dans l'ordre préalablement clôturé. D'ailleurs, on ne saurait si la contribution est ouverte avant l'ordre, refuser aux créanciers hypothécaires le droit de figurer à la contribution pour le montant total de leur créance. Ultérieurement, dans l'ordre, ils toucheront ce que la distribution par

contribution ne leur a pas procuré ; le surplus reviendra aux créanciers chirographaires.

Nous n'avons pas à examiner la procédure de la contribution, et nous nous proposons seulement d'étudier une question spéciale se rattachant à la procédure d'ordre, savoir l'ordre consensuel. D'autre part, parmi les problèmes que soulève l'ordre consensuel, nous rechercherons s'il a la même valeur que l'ordre amiable ou l'ordre judiciaire, et s'il produit des résultats analogues, spécialement en ce qui concerne l'extinction du droit de suite et du droit de préférence des créanciers munis d'une hypothèque légale, qui ont négligé de recourir à l'inscription lors de l'accomplissement de formalités de purge.

L'ordre, envisagé d'une façon générale, est à considérer comme la distribution entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires des sommes provenant de la vente de biens susceptibles d'hypothèques. Cette distribution peut revêtir plusieurs formes distinctes, qui se suffisent toutes à elles-mêmes et n'ont aucun enchaînement forcé, aucune liaison nécessaire. Elles aboutissent toutes au même résultat pratique : la radiation des inscriptions qui grèvent l'immeuble, avec report du bénéfice des dites inscriptions sur le prix de la vente. Tantôt les parties, étant tombées d'accord, se réunissent et consentent ensemble à l'adjudicataire, qu'elles convoquent à cet accord, la radiation des inscriptions qui leur profitent. Alors inter-

vient la distribution consensuelle. Tantôt, les parties n'ayant pu s'entendre pour une cause ou pour une autre, un ordre est ouvert, et un juge commis avec mission préalable de tenter une conciliation. En effet, l'instance n'est pas portée devant le tribunal tout entier, mais devant un membre de ce tribunal, qui prend le nom de Juge-Commissaire (art. 749) : « Dans les tribunaux où les besoins du service l'exigent, il est désigné par décret du Président de la République, un ou plusieurs juges spécialement chargés du règlement des ordres et des contributions. Ils peuvent être choisis parmi les juges suppléants, et sont désignés pour une année au moins et trois années au plus » (d'après le décret du 19 mars 1852, toujours en vigueur, les juges suppléants qui sont en même temps officiers ministériels, ne peuvent pas être désignés. Dans la pratique, les magistrats sont chargés de cette mission pour une année). Ils acquièrent ainsi dans ces fonctions spéciales une plus grande expérience, par suite ils sont mieux écoutés par les officiers ministériels qui représentent les parties. Ils sont, d'ailleurs, tenus de rendre compte de la marche des procédures au président du Tribunal, au procureur de République, au premier président et au procureur général (art. 749, al. 3).

Le juge-commissaire a pour mission de diriger la procédure au mieux des intérêts en conflit ; aussi peut-il tenter, comme mesure préalable, une conci-

liation entre les intéressés ; il le doit même. Si cette conciliation aboutit, la distribution s'opère à l'amiable. Avant la réforme effectuée par la loi du 21 mai 1858, tout se passait en dehors du juge-commissaire, de sorte qu'il était difficile aux divers créanciers d'exercer une autorité suffisante pour amener un arrangement. Depuis cette réforme, la tentative a lieu sous la direction du juge-commissaire, et, comme il possède plus d'influence sur les officiers ministériels, la tentative de conciliation aboutit assez fréquemment. Le juge dresse un règlement amiable constatant l'accord de tous les créanciers, leur approbation unanime de ce règlement. Les créanciers sont convoqués par lettre recommandée, sur papier non timbré, expédié par le greffier. Tous les créanciers inscrits doivent être convoqués, sous peine de nullité de l'ordre amiable. Ils sont invités à se présenter, munis de leurs titres, devant le juge-commissaire ou à envoyer des mandataires pour les représenter ; le défaut de comparution est sanctionné par une amende. Mais comme l'article 751 du Code de procédure ne parle pas des créanciers non inscrits, il semble que ni le greffier ni le poursuivant ne sont tenus de les convoquer, et leur absence ne met pas obstacle à la validité de l'ordre amiable. Une solution différente s'appliquerait s'ils étaient inscrits. Quant aux créanciers chirographaires et au saisissant, on n'est jamais obligé de les convoquer, mais, en

fait, le saisissant assistera à la procédure pour surveiller ses intérêts. Enfin le saisi et l'adjudicataire devront être convoqués, car le premier pourra s'opposer à la collocation de créanciers sans droit, et l'adjudicataire empêchera d'aggraver les obligations qui lui incombent en vertu du cahier des charges. Un délai de dix jours doit s'écouler entre le jour de la réception de la lettre et la réunion des créanciers. Au jour et aux heures indiquées le juge, assisté de son greffier, réunit devant lui tous les intéressés convoqués, saisi, adjudicataires, créanciers, et ceux qui, intéressés mais non convoqués, se présenteraient spontanément. Si les présences indispensables ne peuvent être obtenues, le juge constate l'impossibilité d'aboutir à l'amiable et inflige aux créanciers non comparants une amende civile de 25 francs. La procédure de l'ordre amiable doit se dérouler et prendre fin dans le délai d'un mois, dont le point de départ est le jour des convocations. En principe, si, dans ce mois, l'ordre amiable, n'est pas terminé, l'ordre judiciaire doit être ouvert ; mais il ne s'agit pas d'un délai strict et rien ne s'oppose à ce que, même après l'expiration de ce mois, l'ordre amiable soit conclu par le juge. (Glasson et Tissier, *Précis de procédure civile*, 2^e éd., t. II, n° 1605).

Si les créanciers se mettent d'accord, cet accord est constaté par le juge-commissaire, qui le ratifie dans son procès-verbal ; ce procès-verbal est un acte

authentique faisant foi jusqu'à inscription de faux, qui porte la signature du juge et celle de son greffier avec la formule exécutoire. L'ordre se trouve ainsi clos, et des bordereaux de collocation dressés par le greffier sont délivrés aux créanciers colloqués; les créanciers nantis de ces bordereaux consentent la radiation de leur hypothèque, dès qu'ils ont reçu paiement. Le conservateur opère la radiation sur le vu de la quittance délivrée par le créancier. En même temps, le juge ordonne la radiation des hypothèques inscrites ou dispensées d'inscription qui appartiennent aux créanciers non colloqués en rang utile. Il suffit au conservateur, pour dégager sa responsabilité, d'exiger avant la radiation la présentation de l'extrait de l'ordonnance du juge délivrée par le greffier (Trib. Beaune, 24 juillet 1862, et Cour de Dijon, 5 février 1863. Boulanger et de Récy. *Traité pratique et théorique des radiations hypothécaires*, 3^e éd., 1886, p. 374); — Mais il se peut que les créanciers ne s'accordent pas. Si les tentatives faites par le juge n'ont pas abouti, un ordre judiciaire seul demeure possible sous réserve, bien entendu, de l'entente postérieure des créanciers. Il est déclaré ouvert par le procès-verbal qui constate l'impossibilité de l'accord des intéressés.

Donc, toutes les fois que le juge n'a pu remplir sa mission de conciliateur, l'ordre devient judiciaire et il s'opère sous la direction du juge qui devient

maître de la distribution. L'avoué du poursuivant a un délai de huit jours à compter de l'ouverture de l'ordre pour rédiger l'original des sommations à produire et pour les faire signifier ; elles invitent le créancier à produire ses titres et l'avertissent de la déchéance de ce droit et de son exclusion de l'ordre s'il ne produit pas dans un délai de quarante jours. Les sommations sont adressées aux créanciers inscrits, mais non aux créanciers à hypothèque légale, dispensés d'inscription, ni aux créanciers chirographaires. La production ne peut avoir lieu que par le ministère d'un avoué ; elle est obligatoire pour les créanciers inscrits et elle n'est pas moins utile aux créanciers à hypothèque légale et dispensés d'inscription, qui doivent produire spontanément pour conserver le bénéfice de leur droit de préférence. Le créancier qui produit doit justifier de ses titres à l'appui de sa créance, et le délai accordé par la production est de quarante jours ; si le créancier laisse passer ce délai il perd du même coup le droit de produire dans l'ordre. Quant aux créanciers forclos, ils deviennent étrangers à l'ordre et ne peuvent discuter les collocations que contient celui-ci. Si le règlement provisoire n'est pas attaqué, il est transformé en règlement définitif. Le juge-commissaire rend alors une ordonnance de clôture : dans les quinze jours qui suivent l'expiration du délai pour contredire (art. 759), ou, s'il y a eu contredit, dans les huit jours qui sui-

vent l'expiration du délai d'appel (art. 765), ou dans les huit jours de la signification de l'arrêt. Cette ordonnance fixe définitivement la situation de tous les créanciers; elle est datée et signée du juge et du greffier. Outre l'énumération des créanciers, avec l'attribution de leur rang respectif et la délivrance des bordereaux de collocation, l'ordonnance contient encore l'ordre de radier les inscriptions des créanciers non utilement colloqués. « Dans les dix jours, porte l'article 769, à partir de celui où l'ordonnance de clôture ne peut plus être attaquée; ou, si elle a été attaquée, dans les dix jours qui suivent le jugement définitif ou l'arrêt, le greffier délivre un extrait de l'ordonnance du juge pour être déposé par l'avoué poursuivant au bureau des hypothèques. Le conservateur, sur la présentation de cet extrait, fait la radiation des inscriptions des créanciers non colloqués. » Le conservateur n'a pas à examiner si la décision du juge est fondée ou non; la délivrance de l'extrait de l'ordonnance du juge-commissaire couvre entièrement ce fonctionnaire. Il ne peut refuser d'exécuter cette ordonnance dès que celle-ci est devenue définitive (Boulangier et de Récy, tome II, n° 774). Les inscriptions qui doivent être radiées sont toutes celles pour lesquelles la collocation a été refusée, sans distinction entre les diverses causes qui ont pu les faire rejeter (Cass., 6 avril 1875, S. 75. 1. 305; D. 75. 1. 247).

Ainsi l'ordre judiciaire est réglementé par le juge, qui est le maître de la distribution, et si ce règlement n'est pas contesté dans certains délais par les créanciers, il acquiert un caractère irrévocable et l'autorité de la chose jugée dans les trois jours de sa dénonciation.

A côté de l'ordre judiciaire et de l'ordre amiable, on rencontre aussi l'ordre consensuel, à l'étude duquel nous allons désormais nous limiter. Nous examinerons successivement sa nature, quelles personnes peuvent y concourir, enfin ses effets notamment quant à l'exercice du droit de préférence attaché aux hypothèques légales.

CHAPITRE PREMIER

NATURE ET CARACTÈRE JURIDIQUE DE L'ORDRE CONSENSUEL

L'ordre consensuel interviendra dans l'hypothèse où les créanciers qui procèdent à la répartition des deniers provenant de la vente des biens de leur débiteur se trouvent en présence de sommes suffisantes pour les désintéresser tous. Dans ce cas, aucun conflit ne surgira et les créanciers trouveront avantage à s'exonérer des frais inhérents aux formalités des procédures d'ordre et de contribution en procédant elles-mêmes à un règlement consensuel; tel sera le cas d'application le plus fréquent de ce contrat; mais, comme les formalités de l'ordre amiable et de l'ordre judiciaire ne sont point imposées aux créanciers, aucun obstacle ne s'opposerait à ce que, même en présence d'un actif insuffisant, les créanciers, soucieux de gagner du temps et d'économiser les frais, ne s'entendent pour fixer le dividende qui reviendra à chacun d'eux.

Cette opération est absolument distincte de la pro-

cédure d'ordre ou de contribution amiable, qui suppose l'ordre ou la contribution ouverts et qui font partie intégrante de la procédure au même titre que la tentative de conciliation exigée par la loi (César-Bru, *Théorie et pratique des voies d'exécution*, 2^e éd. 1909, n^o 432). Le règlement consensuel a lieu, en effet, en dehors de toute procédure. Du moment que les parties sont capables et d'accord pour y recourir, il n'y a plus besoin d'observer aucune formalité et cela sans distinguer suivant qu'il y a, ou non, une somme suffisante pour désintéresser tous les participants.

Que ce mode de procéder soit autorisé par la loi, cela n'est pas douteux : l'ancien article 749 du Code de procédure civile donnait aux créanciers un délai d'un mois à compter de la signification du jugement d'adjudication pour se régler entre eux à l'amiable sur la distribution du prix ; ce n'était que faute de règlement amiable dans ce délai qu'on devait recourir aux formalités de l'ordre judiciaire (art. 750). La loi du 21 mai 1858, qui a créé et réglementé l'ordre amiable, devant le juge-commissaire, ne dit rien de l'ordre consensuel ; mais il n'en résulte nullement qu'elle ait entendu supprimer ce mode de procéder. Si la loi de 1858 a gardé le silence sur le règlement consensuel, c'est à raison de son caractère contractuel qui lui permet d'échapper aux prescriptions de lois de procédure, et il a été unanimement reconnu

par tout le monde, au cours des travaux préparatoires de la loi de 1858, non seulement par les commissaires du Conseil d'Etat, mais par les membres du Corps législatif, que la loi de 1858 qui détermine les formes de l'ordre judiciaire, n'a nullement voulu interdire aux parties le droit de répartir le prix entre elles par leur simple accord de volonté (Caen, 6 août 1866, D. 68. 2. 27, S. 67. 2. 286 ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, v^o *Ordre*, n^o 5 ; Garsonnet et César-Bru, *Traité de procédure*, 2^e éd., t. V, n^o 1756 ; et *Circulaire du Ministre de la Justice* du 2 mai 1859, D. 59.3.25 ; Req. 26 février 1901, D. 06. 1. 333). Il en résulte qu'aujourd'hui comme avant la loi de 1858, l'adjudicataire qui veut se libérer de son prix n'est nullement obligé de requérir l'ouverture d'un ordre ; il est toujours maître de recourir au règlement consensuel. (Circulaire du Ministre de la Justice du 2 mai 1859, D. 59. 3. 25, n^o 42) et le règlement qui intervient à cet égard est obligatoire vis-à-vis des parties (art. 1134 et Req., 26 février 1901, D. 06. 4. 333 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, t. VI, 1^{re} partie, question 2547 bis ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, v^o *Ordre*, n^o 18 et s. ; Caen, 6 août 66, D. 68. 2. 27).

En définitive, aujourd'hui comme avant 1858, l'adjudicataire qui veut se libérer de son prix n'a pas nécessairement à requérir l'ouverture d'un ordre ; il lui est toujours loisible de procéder par voie d'or-

dre consensuel (Cass. Req., 26 février 1901, D. 06. 1. 333 ; Garsonnet et César-Bru, n° 1756 ; Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, t. VI, 1^{re} partie, question 257 bis ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, v° *Ordre*, n°s 18 et s. ; et Caen, 6 août 1866, D. 68. 2. 27). On peut toujours recourir à l'ordre consensuel ; la convention régulièrement intervenue à cet égard est obligatoire entre les parties (art. 1124). En effet, décide la cour de Caen, (arrêt du 6 août 1866, S. 67. 2. 286, D. 68. 2. 27), aux termes de l'article 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites ; or, aucune loi ne défend à un acquéreur, à un débiteur et au créancier de celui-ci agissant sans fraude, de régler conventionnellement la répartition du prix ; l'ordre judiciaire est une mesure extrême créée pour assurer un règlement nécessaire auquel ne pourraient parvenir d'un commun accord les intéressés (Caen, 6 août 1866, précité). Cet ordre consensuel est donc un contrat, une convention librement débattue entre les parties, en dehors de l'intervention d'un juge ou d'un tribunal.

Tout différents sont l'ordre judiciaire amiable et l'ordre judiciaire forcé ou ordre judiciaire proprement dit, puisqu'ils supposent nécessairement l'intervention de la justice. L'ordre judiciaire amiable suppose la présence d'un juge commis devant lequel les intéressés sont tenus de se réunir préalablement à l'in-

introduction de l'instance, à l'effet de s'entendre s'il est possible pour la répartition du prix. On voit toute la différence qui le sépare de l'ordre consensuel, où les créanciers eux-mêmes président à la défense de leurs intérêts; et la différence est encore plus saillante avec l'ordre judiciaire forcé, auquel il est procédé en cas d'échec de la tentative de conciliation par le juge commis, s'il y a plus de trois créanciers inscrits et, dans le cas contraire, par le tribunal tout entier, statuant comme en matière sommaire. Le législateur a si bien compris le caractère contractuel du règlement dont nous nous occupons qu'il ne lui a imposé aucune règle. La loi de 1858, par son silence même, lui reconnaît implicitement ce caractère contractuel. L'ordre consensuel demeure donc soumis aux règles du droit commun; ce n'est pas un acte judiciaire qui doit obéir aux lois de la procédure (Garsonnet et César-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 2^e éd., t. V, n° 1757; Glasson et Tissier, n° 1577). Les conséquences de cette idée sont nombreuses.

Première conséquence. — L'ordre consensuel n'est valable qu'avec le consentement de tous les intéressés. Chaque créancier peut d'ailleurs revenir sur son acceptation, qui ne constitue qu'une pollicitation tant que les autres créanciers n'ont pas donné leur concours. Les auteurs sont unanimes à développer cette idée, qui s'impose d'ailleurs en matière de con-

trat : « La promesse ne devient irrévocable et vraiment obligatoire que par l'acceptation qui achève et rend parfaite par le concours des deux volontés la convention commencée par les offres. L'autre partie peut les retirer avant qu'elles soient acceptées, sans qu'on puisse lui demander compte de ce changement de volonté » (Toullier, *Droit civil français*, t. VI, n° 24). L'engagement formel de ne pas se rétracter, d'attendre la décision des autres créanciers ne peut être considéré comme un engagement valable donnant naissance à un contrat. Le contrat, en effet, serait-il conditionnel et subordonné à l'acceptation par les autres créanciers du règlement accepté, ne peut résulter que d'un accord, d'une entente, entente qui n'existe pas quand on est seul à promettre et à offrir. L'acceptation unanime des créanciers peut donc seule convertir l'ordre consensuel en contrat définitif et irrévocable. La majorité ne peut ici, comme en cas de faillite, enchaîner la minorité (Garsonnet et Cézard-Bru, n° 1758 ; Chauveau et Carré, question 2547 *ter*). « Le tribunal, écrit M. Garsonnet, auquel un projet de règlement consensuel aurait été soumis par les parties consentantes, et qui, en l'homologuant le déclarerait exécutoire à l'égard de tous les intéressés, même non consentants apporterait une dérogation que rien ne justifie au principe que les conventions ne lient que ceux qui les ont formées, et transporterait en matière civile le principe en vertu

duquel la décision de la majorité des créanciers s'impose, en fait de concordat, à la minorité. »

Ceux des intéressés en l'absence desquels l'ordre consensuel a été réglé conservent tous leurs droits intacts, notamment ils peuvent invoquer leur droit de préférence après la conclusion de cet ordre auquel ils n'ont point participé ; on ne saurait leur infliger les déchéances que le Code de procédure prononce contre les créanciers qui n'ont pas fait valoir leur droit en temps utile (Garsonnet, n° 1758).

Cette nécessité du concours de tous les créanciers paraît s'opposer d'une façon absolue à ce que l'ordre consensuel soit fractionné, et ne résolve pas toutes les questions soulevées lors de sa confection. Cependant la jurisprudence s'est montrée moins rigoureuse ; elle s'inspire des circonstances de chaque affaire pour apprécier la validité de l'ordre consensuel partiel, et elle déclare à juste titre que l'ordre consensuel demeure valable alors même que, dans les conventions intervenues, les parties ont réservé pour l'avenir la solution d'une question litigieuse, si d'ailleurs la solution de cette question ne peut exercer d'influence sur les autres parties de l'ordre conventionnel (Caen, 6 août 1866, D. 68.2.27). Aucune raison de droit ne s'oppose en effet à ce que l'accord commun des contractants sépare de ce qui n'est pas litigieux ce chef unique et indépendant, objet d'un débat que la justice seule peut terminer ; on ne saurait

tirer un argument contraire de l'impossibilité dans laquelle se trouve le juge commissaire, en cas d'ordre amiable, de procéder à un règlement partiel ; cette impuissance n'est que la conséquence du mandat limitatif qui est donné par la loi à ce magistrat, mandat formel qu'il ne peut outrepasser et dont il doit respecter les termes. Dans les conventions privées, intervenues entre les parties, il ne saurait, au contraire, être question de limitation de mandat, la volonté faisant la loi des parties contractantes. Ces arguments ont été très nettement mis en lumière par l'arrêt précité de la Cour de Caen ; en réalité, dans cette hypothèse, l'ordre évidemment partiel, en ce sens qu'il réserve une question qui doit être tranchée par le tribunal, n'en est pas moins définitif à l'égard de tous les autres contractants. On ne peut en effet exiger, pour la conclusion définitive de l'ordre, une simultanéité absolue dans le concours des participants. La pollicitation suivie d'une acceptation crée un lien forcé, définitif, entre pollicitants et acceptants. Mais il suffit que l'accord existe pour l'objet principal de la convention.

Deuxième conséquence.— Puisque l'ordre consensuel n'est pas un acte judiciaire mais un contrat, il ne peut pas être attaqué par les voies de recours applicables aux jugements (opposition, appel, requête civile) ; il ne saurait être l'objet que des actions en

nullité ou en rescision admises par le droit commun contre les conventions en général, actions qui, normalement, se prescrivent par trente ans. Ce délai s'appliquera à la demande en nullité dirigée contre le règlement consensuel par un créancier qui n'y a pas participé (Garsonnet et Cézard-Bru, n° 1757).

Toutefois l'action s'éteindrait par dix ans si elle émanait d'une des parties au règlement qui invoquerait un dol, une erreur, une violence dont elle aurait été victime (Cf. Muret, 6 avril 1895, *la Loi* du 18 juin 1895).

Mais l'ordre consensuel ne comportera aucune des voies de recours susceptible d'être dirigée contre une décision possédant l'autorité de la chose jugée. Ainsi l'opposition, qui suppose que celui qui la forme a été étranger à l'instance ou à l'acte judiciaire, est évidemment refusée aux parties contractantes. Le règlement consensuel a été en effet l'objet d'un débat, d'une discussion, car c'est seulement à la suite d'un examen approfondi que les parties ont mutuellement adhéré à la convention. Les auteurs sont unanimes sur ce point (Ollivier et Mourlon, *Commentaire de la loi sur les ordres*, n° 287 ; Garsonnet et Cézard-Bru, n° 1757 ; Classon, note sous Cass., 25 juin 1900, D. 1900.1.569). — De même, l'ordre consensuel ne comporte pas d'appel ; c'est là une voie de recours qui suppose une décision rendue par un tribunal, et qui est portée par un plaideur mécontent devant une

juridiction supérieure. Mais, bien entendu, l'appel s'appliquerait sans difficulté, suivant les règles du droit commun, au jugement qui statuerait sur la validité d'un ordre contractuel (Paris, 5 juin 1891, D. 94.2.81, note Planiol; 9 février 1892, D. 92.2.229; Baudry et Wahl, *Traité des successions*, tome II, n° 2126 et s.). En ce qui concerne la requête civile, les avis sont partagés: MM. Grosse et Rameau (tome I, n° 202) influencés par la préoccupation, d'ailleurs légitime, d'accorder une protection efficace aux contractants dans l'ordre consensuel comme dans tout autre convention susceptible d'être entachée de dol, violence, fraude ou erreur, ont admis cette voie de recours sans la discuter d'ailleurs, paraissant ne pas s'être rendu compte que la seule protection à laquelle puissent recourir les parties en cause est celle du droit commun. Mais l'article 480 du Code de Procédure civile, qui traite de la requête civile, résiste manifestement à une semblable interprétation: « Les jugements contradictoires rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance et d'appel, les jugements par défaut rendus aussi en dernier ressort et qui ne sont plus susceptibles d'opposition, pourront être rétractés... » En conséquence, un jugement, une décision judiciaire définitive paraît bien nécessaire pour rendre possible la requête civile. Puis, si cette opinion était logique avec elle-même, elle ne se contenterait pas d'admettre que l'ordre consensuel peut

être attaqué par la requête civile, elle devrait aussi accepter la possibilité de l'appel. Il n'en est rien cependant, sans qu'on puisse d'ailleurs s'expliquer les raisons, qui ont pu déterminer les partisans de cette doctrine à rejeter l'appel. Pourquoi interdire l'emploi de cette voie de recours de droit commun, et admettre plus facilement la possibilité d'user d'une voie extraordinaire ? Cette distinction ne peut avoir de base rationnelle ; la protection de droit commun, fondée sur le respect de la volonté consciente des parties, doit nécessairement s'éclipser et disparaître complètement en présence de la possibilité d'un recours judiciaire. MM. Grosse et Rameau, en rejetant l'opposition et l'appel, et en n'acceptant que la requête civile, ont considéré implicitement l'ordre consensuel tantôt sous la forme d'un contrat, tantôt sous la forme d'un acte judiciaire, et ils lui ont ainsi reconnu l'existence de deux qualités qui se détruisent et s'annihilent mutuellement. Il vaut mieux dire que les voies de recours de droit commun (actions en nullité ou en rescision) sont seules susceptibles d'être invoquées.

Troisième conséquence. — Aucune des déchéances qui sont applicables à l'ordre judiciaire (déchéance faute de produire dans certain délai, art. 754 ; déchéance faute de contestations dans certains autres délais des règlements intervenus, art. 756) ne peut

s'appliquer au règlement consensuel, et les créanciers peuvent évidemment réclamer ce qui leur est dû jusqu'à la clôture de l'ordre (Garsonnet et César-Bru, n° 1758; Carré et Chauveau, question 2547, *sexies*). Tel est le sens dans lequel s'est prononcée la Cour de Metz qui avait eu à résoudre la question : « Attendu qu'il ne s'agit dans la cause ni de la distribution de deniers mobiliers, saisis ou arrêtés par aucun des créanciers en cause, ni de celles de deniers provenant d'une saisie mobilière faite en justice sur les poursuites de quelques-uns, mais seulement de la distribution amiable devant un officier public choisi par toutes les parties du prix d'immeubles cédés et abandonnés amiablement par un débiteur en faillite à tous ses créanciers cornus appelés et acceptants, d'où il suit que, sous aucun rapport, on n'a pu appliquer à la demande de l'appelant aucune des dispositions du Code de Procédure relatives à des distributions forcées en justice où chacun des créanciers régulièrement et judiciairement appelés, venant à faire défaut dans les termes et délais prévus par la loi, peut encourir la déchéance; par suite, met ce dont est appel à néant, en ce que les premiers juges ont déclaré l'appelant déchu du droit de réclamer sa collocation au prorata et au marc le franc dans le prix de la cession des objets abandonnés par le débiteur à la masse des créanciers communs; au principal, ordonne que sans s'arrêter aux prétendues distribu-

tions de deniers déjà opérées et au retard de la production des titres de celui contre lequel il n'apparaît ni avertissement ni sommation ni mise en demeure préalables constatés légalement, l'appelant sera colloqué pour le montant des deniers entre les mains du notaire X... au prorata et au marc le franc de sa créance. »

Cet arrêt n'a pas la portée qu'on pourrait lui prêter. Il ne faudrait pas conclure de cette décision qui semble attacher une importance considérable à l'avertissement préalable adressé au créancier, que le fait de signifier une sommation à un créancier qui refuse son concours à un règlement consensuel lui rendrait opposable le règlement intervenu. En raison de la nature purement contractuelle de ce règlement, son autorité se limite aux créanciers qui y ont figuré.

Il faut décider aussi que la pénalité prononcée par l'article 751 *in fine* (amende de 25 francs infligée dans l'ordre amiable aux créanciers inscrits convoqués et non comparants) n'est pas applicable à l'ordre consensuel (Garsonnet, n° 1758 et note 8.) Mais doit-on considérer comme applicable à l'ordre consensuel la déchéance spéciale édictée par l'article 2198 du Code civil, contre le créancier omis par le conservateur dans l'état des inscriptions, créancier qui ne peut exercer de recours contre l'adjudicataire qu'autant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur, ou tant que l'ordre intervenu entre les créanciers n'a pas été

homologué? La solution affirmative s'impose. Qu'on ne vienne pas à cet effet, prétendre que le paiement effectué par l'acquéreur est purement volontaire en présence d'un ordre consensuel. En réalité, il paie comme contraint et forcé; il a le devoir, sans doute, de s'entourer de toutes les garanties et de n'effectuer le versement de son prix qu'après avoir obtenu toutes les justifications; il endosse ainsi la responsabilité du paiement qu'il effectue; c'est là une vérité incontestable; mais il convient de ne rien exagérer et l'adjudicataire ne saurait être rendu responsable d'une erreur matérielle qu'il n'a pu rectifier, telle que l'omission par le conservateur d'une inscription, lors de la délivrance des états. L'article 2198 édicte une solution générale qui doit s'appliquer même au cas de règlement consensuel (Cf. Baudry et de Loy-nes, *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, 2^e éd., t. III, n° 2240). Soutenir l'opinion contraire aboutirait à supprimer l'ordre consensuel, en maintenant sans motif la responsabilité de l'adjudicataire et en rendant impossible toute libération, puisque l'acquéreur serait associé à la responsabilité du conservateur et devrait la partager.

La doctrine à laquelle nous nous rallions se trouve justifiée par la jurisprudence actuelle en matière d'omission, par le créancier poursuivant une saisie, d'un créancier ou d'un intéressé quelconque, qui aurait dû, par application de l'article 692 du Code de

procédure civile, être appelé à la saisie. La Cour de cassation a, en effet, décidé, le 25 mai 1897 (Sir., 98. 1.321), que le créancier poursuivant n'a d'autre obligation que de sommer les créanciers connus par l'accomplissement des actes que la loi lui impose, et n'est pas en faute de n'avoir pas sommé les créanciers que ni son titre, ni l'extrait matriciel, ni l'état du conservateur ne le mettaient à même de connaître. Admettre la responsabilité d'un adjudicataire qui n'a pas à discuter l'état des inscriptions qu'on lui soumet serait le placer dans une situation inférieure à celle du créancier poursuivant, qui, à raison des sources d'information dont il dispose, est tenu d'exercer un contrôle plus minutieux, sur les indications contenues dans l'état délivré par le conservateur.

Quatrième conséquence. — De ce que l'ordre consensuel n'est pas un acte judiciaire mais un contrat, il résulte encore que le ministère de l'avoué n'est pas obligatoire. Les parties peuvent comparaître en personne ou par mandataire; les mandataires peuvent être choisis parmi les personnes n'ayant aucun caractère officiel. L'ordre consensuel est une réunion où tous les créanciers viennent discuter leurs intérêts, soit personnellement, soit assistés de leur conseil; mais la procédure en est absente et ainsi disparaît le rôle des avoués, car, étant donné leur

mission spéciale, qui consiste à passer des actes de procédure et à postuler pour les parties, ils ne sauraient trouver place dans cette réunion.

La question a été discutée en ce qui concerne l'ordre amiable réglé devant le juge ; certains auteurs ont fait valoir, pour justifier la présence de l'avoué, la considération des avantages pratiques qui en résultent ; le créancier évite ainsi l'ennui d'un déplacement, les frais d'une procuration ; l'avoué, ayant l'expérience des affaires et du droit, se rend mieux compte de la portée des propositions qui sont formulées au cours de la réunion (Cf. Rousseau et Laisney, v° *Ordre*, n^{os} 210, 211). Mais la plupart des auteurs considèrent que l'ordre amiable n'est autre chose que le perfectionnement et le complément de l'ordre consensuel. Or, du moment qu'il s'agit d'obtenir un arrangement amiable, la loi manifeste plutôt de la méfiance vis-à-vis des officiers ministériels ; d'ailleurs aucun texte n'exige la présence de l'avoué lors de la réunion des créanciers. Toutefois si le ministère des avoués ne comporte aucune application relativement au règlement consensuel, il semble bien qu'il en est autrement dans la pratique en matière de règlement amiable. Là, sans doute, leur ministère n'est pas obligatoire et aucun émolument n'est prévu au tarif ; mais en fait les avoués jouissent d'un privilège spécial qui leur permet de se présenter en conciliation devant le juge-commissaire, simples por-

teurs de la lettre recommandée adressée à leur client, et de prendre au nom de ce dernier une décision qui le liera, semble-t-il, jusqu'au désaveu. Cependant on peut soutenir que l'avoué n'étant pas dans ses fonctions, n'est pas protégé par l'article 224 du Code pénal (Cass., 28 mars 1879, D. 79.1.275). En tout cas l'avoué, quand il représentera son client dans l'ordre amiable échappera à la règle du droit commun d'après laquelle la représentation d'une personne par une autre dans un acte juridique comporte un pouvoir en bonne forme. Ce privilège des avoués s'explique d'ailleurs d'une manière très rationnelle, par la confiance qu'ils inspirent aux membres du Tribunal et par la nécessité d'éviter dans les règlements amiables, la présence d'hommes d'affaires souvent inexpérimentés et peu scrupuleux, qui exigeraient des honoraires élevés pour leur participation, même si en fait le client ne recevait qu'une minime collocation.

Cinquième conséquence. — Les créanciers colloqués à l'ordre consensuel ne peuvent encourir aucune peine civile, aucune amende faute de s'y présenter. C'est pour ce motif que les dispositions de l'article 751 du Code de Procédure qui visent expressément l'hypothèse d'un ordre amiable réglé devant le juge commissaire, sont étrangères à l'ordre consensuel (Garsonnet, n° 1758 et note 8). Les créanciers non comparants de l'ordre consensuel échappent à l'amende

de 25 francs, sans avoir besoin de justifier qu'ils n'ont pas été touchés par la convocation. L'article 751 constitue en effet une disposition qui doit être restrictivement interprétée en raison de la peine qu'elle édicte. Elle ne vise que l'ordre amiable; or celui-ci n'intervient habituellement qu'après l'ordre consensuel dont il est le complément, et en présence de l'impossibilité de procéder à un règlement volontaire. L'amende prononcée contre le non-comparant dans l'ordre amiable ne serait donc pas rationnelle dans le règlement consensuel.

Sixième conséquence. — Le règlement consensuel étant un contrat, une transaction, peut intervenir à un moment quelconque, même au cours des opérations d'un ordre judiciaire. Le règlement consensuel revêt alors sans aucun doute la forme d'une transaction. Dans le but d'éviter des frais inutiles et aussi pour gagner du temps, les créanciers préfèrent se consentir des sacrifices réciproques qui termineront leur contestation. La distribution consensuelle obéit alors à toutes les règles qui gouvernent les transactions; elle deviendrait notamment impossible, si les contestations soulevées autour de la procédure d'ordre avaient été déjà tranchées par une décision définitive passée en force de chose jugée.

Septième conséquence. — Le règlement consen-

suel, étant une convention, n'a pas de forme spéciale. Les parties peuvent recourir au ministère d'un notaire ou se contenter d'un acte sous seing privé ; bien que la loi ne règle nullement cette question de forme, il semble préférable d'établir l'ordre consensuel par acte notarié, car, aux termes de l'article 2158, la main-levée donnée par les créanciers pour parvenir à la radiation des inscriptions doit être notariée. Par suite, quand le règlement consensuel aura revêtu la forme authentique, les créanciers pourront, dans le même acte, consentir la radiation de leurs inscriptions. Mais il n'y a, à employer ce mode de procéder, que l'avantage d'une économie (Dalloz, *jurisprudence générale*, v° *Ordre*, n° 69 ; Garsonnet, n° 1756 ; Carré et Chauveau, Question 2787 *bis* ; Rousseau et Laisney, v° *Ordre*, n° 7). Rien n'empêcherait que le règlement consensuel et la main-levée des inscriptions fissent l'objet de deux actes indépendants, se suffisant à eux-mêmes, et sans lien forcé. Le conservateur n'a pas, d'ailleurs, à s'inquiéter des conditions dans lesquelles le règlement est intervenu, dès qu'on lui remet un acte de main-levée en règle constatant la radiation d'une inscription qu'elle concerne. En ce qui concerne la forme de ce règlement, il convient d'ajouter qu'un notaire ne pourrait dresser un ordre consensuel dans lequel il serait personnellement intéressé ; la loi du 25 ventôse, an XI, articles 8 et 68 s'y oppose (Cass. Req., 26 février 1901. D. 06. 1. 338).

Huitième conséquence. — Le règlement consensuel n'est pas soumis à la nécessité d'une homologation. Il équivaut, en effet, à un contrat et le contrat qui intervient se suffit à lui-même : il lie la partie contractante et il est obligatoire sans l'intervention de la justice (Garsonnet, n° 1756 ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire de procédure*, v° *Ordre*, n° 10). A peine est-il besoin d'ajouter que, si des difficultés se produisent au cours du règlement consensuel, ces difficultés donneront lieu à un examen auquel procédera le tribunal civil. En pareil cas, la décision de justice qui élucidera les critiques dirigées contre le règlement consensuel ne présentera nullement le caractère d'une homologation proprement dite : ce sera un véritable jugement ; le tribunal en prononçant, accomplira une fonction contentieuse. La sentence serait susceptible d'appel dans les termes du droit commun et ne serait pas soumise à l'application de l'article 762, qui autorise l'appel, à l'égard du jugement sur contredit, dans l'ordre judiciaire, mais seulement pendant un délai de dix jours à compter de la signification à avoué. C'est ici le délai normal de l'article 443, du Code de procédure civile qui doit être observé.

CHAPITRE II

DES PERSONNES QUI DOIVENT CONCOURIR A L'ORDRE CONSENSUEL

Il s'agit de mettre en répartition une somme d'argent qui représente le prix de l'immeuble vendu sur la tête d'un débiteur saisi à la requête des créanciers. C'est dire que ceux-ci doivent être nécessairement convoqués et la présence du débiteur ainsi que celle de l'adjudicataire ne sont pas moins indispensables, puisqu'il faut régler le sort d'une somme d'argent qui est venue remplacer dans le patrimoine du débiteur des biens d'une autre nature, et que l'adjudicataire est fondé à s'assurer de la validité du paiement effectué par lui.

I. — Le *débiteur saisi ou vendeur*, d'abord, est tenu de concourir à l'ordre consensuel. Sur ce point, d'ailleurs, il ne règne guère de difficulté. La plupart des auteurs considèrent la présence du débiteur comme nécessaire, et il est facile de comprendre pourquoi il convient de l'appeler à l'ordre consensuel. Il lui

importe qu'on n'en élimine pas les créanciers qui doivent y être admis, et qu'on n'y admette que des créanciers sérieux et seulement pour le montant de leur créance. Le jugement d'adjudication ne l'a pas tellement dépouillé des deniers qui sont la représentation de l'immeuble qu'il n'ait le droit d'en surveiller l'emploi. En effet, il peut avoir intérêt à contester certains créanciers. Si l'opération laisse apparaître un reliquat du prix disponible, ce reliquat lui appartient. On doit donc convoquer les débiteurs à l'ordre consensuel (Rousseau et Laisney, *op. cit.*). Cette opinion est celle de la Jurisprudence ; on peut la fonder en effet sur un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 28 mars 1828 (*Journal des Avoués*, 35-221, dont nous reproduisons les considérants). « Attendu que que la loi a réglé d'une manière expresse et formelle le mode de procéder judiciairement à l'ordre et à la distribution du prix d'un immeuble ; que toutefois l'article 759 du Code de procédure civile autorise à y faire participer amiablement, mais sous la condition que les créanciers qui veulent éviter les voies judiciaires concourent tous avec la partie saisie à l'ordre amiable ; que faute par les parties de s'être réglées ainsi dans le délai déterminé, on doit recourir aux voies judiciaires conformément aux dispositions des articles 750 et suivant du Code de procédure ; attendu, en fait, que la partie saisie n'a point concouru à l'acte sous seing privé du 27 novembre 1826, par lequel

plusieurs personnes se portant pour les créanciers ont réglé respectivement leurs créances et le rang de leurs hypothèques pour la distribution du prix de l'immeuble dont X est devenu l'adjudicataire ; attendu que les signataires de ce contrat ne peuvent en réparer l'irrégularité en demandant l'homologation contradictoirement avec la partie saisie, que d'abord la justice ne saurait homologuer que des actes réguliers et qu'ensuite il n'est point permis de substituer un mode arbitraire de procéder judiciairement à celui que la loi détermine, qu'enfin ce mode de procéder tendrait à dépouiller ceux qui auraient des droits à exercer ou des exceptions à faire valoir des garanties que les formalités prescrites leur assurent ; attendu que X adjudicataire ayant été appelé dans l'instance en homologation a été en droit de refuser son acquiescement à ce mode irrégulier de procéder. »

La jurisprudence a même été encore plus loin, et elle a frappé de nullité le règlement consensuel intervenu en l'absence de la partie saisie ; il s'agit même d'une nullité radicale et absolue de nature à pouvoir être invoquée par une personne quelconque, sans que le demandeur ait à justifier du préjudice qui lui est causé : « Considérant que de la nature même des choses comme des dispositions des articles 749, 750, 755, 769, 770, se déduit nettement le principe que toute distribution de deniers entre créanciers amiables ou judiciaires doit être faite contradictoirement avec la

partie saisie ou cette partie dûment appelée, on ne comprendrait pas qu'il en fut autrement, puisque devant profiter de la portion du prix qui ne serait pas épuisée, la partie a intérêt à ce que chaque créancier dont elle est le contradicteur naturel ne reçoive que ce qui lui est légitimement dû et qu'en outre la procédure étant à ses frais, elle doit pouvoir veiller à ce que cette procédure soit faite conformément à la loi ; considérant que, pour procéder régulièrement et utilement, les intéressés devaient donc appeler les cohéritiers X. parties saisies, de la même manière et en même temps que les autres créanciers dans le jugement du 22 février 1854, qui reprenant les opérations au point où elles avaient été laissées par celui du 9 juin 1852, statue sur les contredits, règle définitivement l'ordre et ordonne la délivrance des bordereaux ; considérant qu'une procédure en distribution ainsi faite ou reprise sans y appeler la partie saisie est évidemment nulle, d'une nullité substantielle et radicale, parce qu'il n'y a d'instance à proprement parler que lorsque cette instance a lieu avec tous ceux dont la présence y est nécessaire et qu'il ne peut y avoir véritablement d'ordre définitif entre les créanciers que si en même temps cet ordre est fait avec la partie saisie ; considérant que l'ordre étant une procédure spéciale commune à tous les créanciers et à la partie saisie, il s'en suit que chaque créancier a intérêt à ce qu'elle soit régulière et

qu'ainsi le demandeur peut se prévaloir de la nullité du jugement résultant de ce que la partie saisie n'y a pas été appelée, comme pourrait le faire soit l'adjudicataire sur lequel les bordereaux sont délivrés, soit la partie saisie elle-même ; considérant que, ce moyen de nullité étant accueilli, il devient dès lors inutile d'examiner le mérite des autres griefs, tant à la forme qu'au fond » (Cour de Riom, 3 février 1855, *Journal des Avoués*, t. VIII, p. 587).

Cette jurisprudence demeure-t-elle applicable sous l'empire de la réforme de 1858, qui n'exige pas la nécessité du concours de la partie saisie pour la validité de l'ordre amiable ? La question ne paraît guère douteuse ; l'opinion ancienne doit être maintenue, car il faut toujours que le saisi soit convoqué pour qu'il puisse empêcher la collocation de créanciers sans droit. Toutefois, on admet aujourd'hui assez volontiers dans la pratique que la nécessité de la présence du débiteur doit être entendue d'une manière assez large. L'absence de la partie saisie n'empêche pas les créanciers inscrits à qui appartient réellement le prix de l'immeuble de se régler entre eux et de faire la distribution de ce prix ; mais alors le règlement sera dénoncé au saisi avec sommation d'y adhérer ou de le critiquer dans un délai déterminé, car il est indispensable de lui réserver le droit d'attaquer la distribution intervenue, si elle lèse ses intérêts ; or, sa responsabilité est engagée si on éli-

mine des créanciers qui auraient dû recevoir une collocation ou si on attribue une collocation à des personnes qui, à ce moment, n'avaient pas ou n'avaient plus la qualité de créanciers. De cette manière le saisi pourra contester le règlement consensuel et requérir l'ouverture d'un ordre régulier, sauf à en supporter les frais, s'il est établi qu'il a agi sans motif sérieux, sans avoir aucune chance d'obtenir le redressement des divers paiements opérés à sa décharge, et par pur esprit de chicane (Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Ordre*, n° 62; Garsonnet, n° 1758; Carré et Chauveau, question 2547 *ter*).

II. — *L'adjudicataire*. — Le concours de l'adjudicataire est-il indispensable ? Il est évidemment partie intéressée, car il doit s'opposer à toute modification du cahier des charges qui viendrait aggraver ses obligations ; d'autre part il doit connaître les créanciers à rembourser. C'est lui qui a payé et il ne faut pas qu'il soit exposé à payer deux fois ; il convient donc de l'appeler au règlement consensuel. Ce procédé donne satisfaction aux intérêts des créanciers eux-mêmes : si, en effet, il a assisté et consenti au règlement consensuel, il ne peut plus l'attaquer et s'opposer à son exécution, à moins d'en demander la nullité, voie toujours dangereuse, car elle l'expose à des dommages et intérêts.

Cependant la plupart des auteurs estiment que la

présence de l'adjudicataire est inutile pour la validité de l'ordre consensuel.

Il convient de distinguer deux situations : ou bien l'adjudicataire est partie à l'acte, et alors il ne peut se refuser à en exécuter les dispositions, puisque cet acte a reçu son adhésion et son approbation ; ou bien il n'est pas intervenu à l'ordre consensuel ; dans ce cas, les créanciers du vendeur ne peuvent le contraindre à l'exécuter qu'en lui signifiant l'acte de délégation ainsi que la grosse de l'acte de vente ou du jugement d'adjudication, avec offre de donner quittance et mainlevée des inscriptions ou oppositions frappant le prix. Néanmoins l'acquéreur conserve le droit, au moment de cette signification, d'exiger des justifications et des garanties lui assurant un paiement libératoire. Le paiement intervenu dans ces conditions doit être considéré comme aussi efficace que le paiement qui a été effectué après un ordre judiciaire.

Cette question de la validité de la libération après l'ordre consensuel et de l'impossibilité pour un créancier omis de rendre l'acquéreur personnellement responsable, sans recours possible, des conséquences pécuniaires de cette omission a été tranchée par un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1812 (S. 16. 1. 187). Un sieur X... avait vendu à B... une maison, à charge par B... de payer le prix aux créanciers hypothécaires. L'acquéreur fait transcrire

et notifier le contrat, et il somme les créanciers du vendeur de se régler entre eux. Intervient un ordre amiable entre A... vendeur et les créanciers et, en exécution de cet acte, l'acquéreur paie son prix à ces derniers, qui remettent les titres de créance comme ayant été suivis de remboursement et consentent la radiation de leurs inscriptions. Il était spécifié dans l'ordre que les créanciers entre lesquels le règlement intervenait constituaient la majorité des créanciers inscrits. Un créancier C..., ayant été omis, assigne l'acquéreur en paiement de sa créance. B..., pour ne pas payer deux fois appelle en garantie D..., dernier créancier colloqué, qui soutient sa demande non recevable et base sa prétention sur l'intervention d'un ordre amiable au lieu d'un ordre judiciaire, la remise des titres et la radiation des inscriptions. Sur cette contestation, est intervenu un jugement du tribunal de Colmar condamnant l'acquéreur à payer au créancier omis le montant des sommes appelées à lui revenir d'après le rang des inscriptions et condamnant le dernier créancier colloqué à garantir l'acquéreur de cette condamnation. Le jugement est ainsi motivé: « Attendu que les acquéreurs ne peuvent être tenus au delà du prix, que les créanciers qui avaient perçu le montant de leur collocation demeurent soumis au droit de rapport, puisque ce n'est qu'autant qu'ils eussent été en ordre de recevoir que les paiements pouvaient leur être faits vala-

blement, qu'il suffisait qu'il y eût un créancier omis pour que le dernier créancier colloqué fût dans le cas de rapporter. » Un pourvoi en cassation fut dirigé contre cette décision, fondé sur la violation des dispositions de l'article 1377 du Code civil, alinéa 2 : « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyant débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur. » L'acquéreur qui a payé un créancier qui ne vient pas en ordre utile n'a pu se croire personnellement obligé envers ce créancier du vendeur ; il savait parfaitement n'avoir contracté d'engagement que vis-à-vis du vendeur lui-même. Mais qu'a fait l'acquéreur ? Il a payé sciemment la dette qui incombait à son vendeur, à la décharge de ce dernier et pour se libérer d'autant avec lui. Ce paiement a été volontairement opéré par un débiteur délégué avec subrogation aux droits du créancier. Or, ce créancier est tenu seulement de garantir l'existence de la créance et non l'efficacité de l'hypothèque qui lui sert de sûreté. Il cède les sûretés telles qu'il les a, et il abandonne le soin à l'acquéreur subrogé de les faire valoir à ses risques et périls. L'acquéreur paie comme mandataire de son vendeur. Si, dans la suite, ce mandataire souffre quelque dommage dans l'exécution du mandat, il

lui appartient d'exercer son recours contre son mandant. Mais le créancier qui n'a reçu en définitive que ce qui lui était dû, d'une personne agissant en l'acquit du véritable débiteur, ne peut être passible de répétition. L'erreur du tribunal de Colmar résulte d'une confusion entre l'ordre amiable et l'ordre judiciaire. Lorsque l'acquéreur paie en exécution d'un ordre judiciaire, il est définitivement libéré, parce qu'il est astreint à payer et doit obéir aveuglément à une décision de justice ; il ne saurait donc souffrir d'une erreur et le créancier omis n'a de recours que contre ceux qui ont été indûment colloqués. Si l'acquéreur répartit au contraire son prix d'après un ordre amiable, aucune contrainte ne s'exerce sur lui, et il doit vérifier si le règlement a été régulièrement et valablement établi. Du moment qu'il n'use pas de son droit de faire ouvrir un ordre judiciaire, il prend sur lui les inconvénients d'un paiement volontaire et il se charge d'exercer à ses risques et périls la subrogation qui lui est accordée.

Le demandeur, dans son pourvoi, invoquait une autre raison décisive résultant de l'inobservation de l'alinéa 2 de l'article 1377, le paiement ayant été suivi de la remise des titres constitutifs de la créance et de la radiation des inscriptions.

Le jugement de Colmar, répondait le défendeur, n'est nullement en contradiction avec les principes généraux relatifs aux paiements faits par erreur, ni

avec les principes particuliers qui régissent l'ordre entre créanciers.

Tout d'abord, c'est une équivoque de prétendre qu'un acquéreur n'a pu se croire débiteur d'un créancier inscrit sur son vendeur ; il n'a évidemment pu lui venir à l'idée qu'il était personnellement obligé envers ce créancier ; mais il a pu parfaitement émettre l'opinion erronée que, comme acquéreur, il était obligé de lui représenter une portion de son prix, erreur réelle si ce créancier n'était pas dans l'ordre voulu pour recevoir. Les droits des créanciers contre l'acquéreur varient suivant que ce dernier a, ou non, rempli les formalités de la purge. S'il n'a pas purgé, il peut être contraint ou de payer toutes les charges hypothécaires grevant l'immeuble ou de le délaisser ; il demeure indéfiniment tenu de toutes les créances hypothécaires, que son prix suffise ou non. Si au contraire il a purgé, son obligation se borne à représenter son prix, et il est libéré de tout privilège ou hypothèque en payant le dit prix aux créanciers en ordre de recevoir, ou en consignat (art. 2186). Si l'acquéreur a suivi la voie de la purge, il ne se trouve donc débiteur qu'envers les créanciers en ordre de recevoir, et, s'il paie d'autres créanciers, il peut exercer son droit de répétition et l'article 1377 lui devient applicable. Il serait contraire à l'équité et à la logique de faire retomber cette responsabilité sur l'acquéreur. Peu lui importe de payer à Pierre

ou à Paul, qu'il s'agisse d'un ordre judiciaire ou d'un ordre amiable, les intérêts des seuls créanciers et du vendeur sont en jeu. Cette infériorité de l'ordre amiable quant au pouvoir libératoire serait d'autant plus injuste que cet acte qui intervient en vue d'éviter des lenteurs et des frais, n'a pour but que l'intérêt exclusif des créanciers et du vendeur, et que l'acquéreur n'en retire absolument aucun profit personnel.

Quant au moyen fondé sur l'alinéa 2 de l'article 1377, il ne saurait résister à un examen sérieux. Le fait de la remise des titres par le créancier n'entraîne aucunement l'anéantissement absolu de ces titres, que seul prévoit l'article 1377, ni l'impossibilité de s'en procurer de nouveaux. Les actes hypothécaires étant nécessairement authentiques, les minutes se trouvent chez le notaire rédacteur. Si le créancier s'est dessaisi des expéditions, les titres originaux subsistent, et ils reprennent toute leur force s'il est obligé de restituer ce qu'il avait encaissé.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi et valida l'interprétation de l'article 1377 faite par le tribunal. Elle apprécia que les juges avaient appliqué rationnellement ce texte, et elle justifia cette opinion par des considérants ainsi motivés : « Attendu que la personne qui a payé une dette par erreur se croyant débitrice, a un droit de répétition contre le créancier, attendu en fait que l'acquéreur s'est acquitté de

la dette à un créancier colloqué à tort, à concurrence de celle existant au profit d'un créancier omis, la croyant par erreur en rang utile pour être payée sur le prix de son acquisition; que, par suite, en lui accordant la répétition de la somme payée à X..., à concurrence de celle due à un créancier venant dans l'ordre utile, les premiers juges ont fait une juste application de la loi .»

Peut-il en résulter, pour l'acquéreur qui a payé conformément au règlement consensuel, une responsabilité dans les termes de l'article 1382, qui vise le dommage causé par son fait ? L'arrêt précité a formellement nié cette responsabilité. C'est en effet au vendeur et aux créanciers inscrits à se régler entre eux quant à la distribution, sans que l'acquéreur joue un rôle prédominant dans la conduite de cette opération. Il s'ensuit que, s'il se produit une erreur dans le règlement ou le paiement du prix effectué en conséquence, c'est au vendeur et aux créanciers inscrits, qui en sont la cause et qui en ont seuls profité, à en garantir et à en supporter les conséquences; ce ne peut être à l'acquéreur, qui n'est pas nécessairement appelé à la confection de l'ordre, ou tout au moins qui n'en assume pas la direction, à supporter la responsabilité des inexactitudes commises. Il en est ainsi certainement de l'adjudicataire qui ne paie que sur la foi de la régularité du règlement consensuel, et dans l'unique but de se libérer légalement. Il se-

rait contraire à toute justice de le considérer comme tenu au delà du prix de son acquisition.

En résumé, l'opinion courante de la pratique paraît fixée en ce sens que, malgré l'intérêt qu'il y aurait à exiger la présence de l'adjudicataire, son absence n'empêche pas cependant les créanciers de se régler entre eux ; seulement quand il en est ainsi, l'ordre consensuel n'a pas de force obligatoire à son égard, et il est nécessaire que les créanciers, pour obtenir leur paiement, lui fassent signifier l'acte portant délégation sur lui envers chacun d'eux de la somme qui leur revient, en joignant à ce document un extrait des inscriptions des créanciers délivrés depuis la transcription, et lui offrent la radiation des inscriptions. Si malgré ces précautions, l'adjudicataire refusait de payer, il faudrait lever une grosse du jugement d'adjudication en vertu de laquelle il pourrait être contraint (Garsonnet, n° 1758 et 1759; Carré et Chauveau, question 2547, 5°; Dijon, 5 juillet 1868, Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Ordre*, n° 8).

L'adjudicataire possède encore d'autres moyens de se prémunir contre les conséquences d'un ordre amiable dressé en dehors de sa présence. Il peut se refuser à l'exécuter, s'il ne lui est pas fourni caution pour le cas où d'autres créanciers contesteraient la validité des paiements effectués par lui, puisque, d'après la jurisprudence précitée, un recours lui ap -

partient contre les créanciers colloqués, s'il est forcé de payer une seconde fois à d'autres créanciers préférables (Garsonnet, *op. cit.*, et Cass. Req., 26 février 1901, arrêt qui, en outre, autorise formellement l'adjudicataire à poursuivre la nullité du règlement auquel il n'a été ni appelé ni représenté, D. 06. 1. 333).

III. — Indépendamment du saisi, du débiteur et de l'acquéreur, la présence des *créanciers* est assurément requise, puisque l'établissement d'un ordre consensuel a précisément pour but de régler leurs droits.

Il convient de rappeler ici que la déconfiture n'offre aucune analogie avec la faillite ; dès lors, contrairement à ce qui se passe pour la conclusion du concordat, la majorité des créanciers ne saurait faire la loi à la minorité. Il semble donc bien que le règlement consensuel doit réunir l'unanimité des créanciers, même des créanciers non opposants, même non inscrits ou omis par le conservateur lors de la délivrance des états ou dispensés d'inscription (Carré et Chauveau, question 1547 *ter*).

Des auteurs considérables estiment cependant que, malgré l'absence d'un créancier, le règlement consensuel demeure toujours possible, attendu que celui-ci conservera son efficacité entre ceux qui y auront participé (Glasson et Tissier, t. II, n° 1577). Mais il semble que le créancier qui n'adhère pas à

l'ordre effectué sans sa présence conserve tous ses droits intacts. On ne saurait lui opposer aucune des déchéances qui, au cours de la procédure, frappe les créanciers négligents qui n'ont pas fait valoir leurs intérêts en temps utile. L'ouverture de l'ordre judiciaire demeure donc possible, et cette éventualité suffit pour que les résultats du règlement consensuel risquent d'être changés. En définitive, on n'aperçoit aucun motif pour ne pas appliquer à l'ordre consensuel l'article 751, § 1^{er}, qui exige la convocation de tous les créanciers inscrits, sous peine de nullité de l'ordre amiable. Il s'agit maintenant d'appliquer ces principes aux divers créanciers du débiteur saisi.

Premièrement, quant aux créanciers hypothécaires, la nécessité de leur convocation est tellement rationnelle qu'elle ne se discute même pas. Le consentement individuel de tous les créanciers, privilégiés ou hypothécaires, est indispensable pour que l'ordre consensuel produise ses effets vis-à-vis de tous (Garsonnet et Cézard-Bru, t. V, n° 1758) ; et aucune distinction à ce point de vue n'est à formuler entre les divers créanciers privilégiés ou hypothécaires. Ainsi, pour la validité de l'ordre consensuel, est requis même le consentement de ceux qui ont été omis sur l'état délivré par le conservateur des hypothèques, ou de ceux qui jouissent d'hypothèques légales dispensées d'inscription et qui sont en effet non inscrites (Chau-

veau et Carré, question 2547, *septiè*s ; Garsonnet et Cézar-Bru, t. V, n° 1758). Nous aurons d'ailleurs à reprendre la question au chapitre III, relativement à l'exercice du droit de préférence des hypothèques légales en présence de l'ordre consensuel.

Par application de la règle que tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires doivent concourir au règlement consensuel, il a été décidé que le notaire qui a reçu mandat de vendre un immeuble et d'en distribuer le prix, doit répartir ce prix d'après l'état des inscriptions existantes au moment de la confection de l'ordre (Tribunal de Tours, 21 mars 1900, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 17 juillet 1900, et Req. 26 fév. 1906, D. 06.1.333). Dans l'hypothèse où, entre la levée de l'état des transcriptions et la confection de l'ordre consensuel, il s'écoulerait un intervalle suffisamment prolongé pour que la péremption des inscriptions puisse être encourue, le notaire devrait, avant de procéder au règlement, requérir du conservateur des hypothèques un nouvel état, pour s'assurer que les inscriptions mentionnées sur l'état consécutif à la transcription ont été renouvelées. Le notaire qui omettrait de prendre cette précaution serait exposé à une action en responsabilité, ou à voir le règlement consensuel annulé à la requête de créanciers qui auraient profité de la péremption des inscriptions antérieures (même jugement). — Ajoutons qu'il n'y a aucun doute pour assimiler aux créanciers hypo-

thécaires proprement dits les créanciers à hypothèque légale, qui ont pris la précaution de requérir une inscription dans les délais qui leur sont impartis en matière de purge, après la vente volontaire ; ou avant la transcription du jugement d'adjudication en matière de saisie immobilière. Des difficultés ne se produisent qu'à l'égard des créanciers à hypothèque légale dispensés d'inscription et en fait non inscrits.

Mais deuxièmement, que décider quant aux créanciers chirographaires ? — Il faut répondre que le consentement des créanciers chirographaires n'est nullement exigé pour la validité de l'ordre consensuel. L'inutilité du concours de ces créanciers est la conséquence forcée de la nature même de l'ordre : il s'agit en effet de la distribution d'un prix de vente entre des créanciers hypothécaires ou privilégiés ; seulement, au cas où les créanciers de cette catégorie n'absorbent pas l'intégralité du prix de vente, le solde devient-il la propriété du vendeur ou du débiteur saisi ? La réponse affirmative, n'est pas douteuse, attendu que l'ordre est un procédé de répartition à l'usage exclusif des créanciers hypothécaires ou privilégiés. Le vendeur pourra donc toucher le solde du prix non épuisé par les hypothèques et en donner valablement quittance sans le concours des créanciers chirographaires. Est-ce à dire que ces derniers n'aient aucun droit ? Ce serait excessif. L'article 1166 leur permet, en effet, d'intervenir du chef

du saisi leur débiteur pour surveiller la procédure, défendre leurs intérêts et éviter que des créanciers sans droit figurent indûment au règlement consensuel et ne touchent une portion du prix. C'est d'ailleurs aux créanciers chirographaires à se présenter spontanément (Garsonnet, n° 1758); ils ont encore un droit plus efficace, au cas où ils seraient informés de l'aliénation de l'immeuble appartenant à leur débiteur, s'ils ont pris la précaution de former une opposition entre les mains de l'adjudicataire. Alors la situation change; l'opposition ainsi pratiquée équivaut à une saisie-arrêt, et met obstacle à ce que les deniers du débiteur commun soient distribués à d'autres créanciers qu'à ceux qui y ont droit. Les créanciers opposants intéressés à la distribution normale du prix de vente deviennent ainsi partie nécessaire à la validité de l'ordre consensuel; ce sont du moins des créanciers qu'il est nécessaire de convoquer, si l'adjudicataire se montre désireux de ne pas engager sa responsabilité et d'éviter toutes contestations et difficultés ultérieures. L'adjudicataire tiers saisi doit donc respecter cette opposition, et les créanciers qui l'ont formée doivent être appelés à la discuter pour que le règlement consensuel leur soit opposable.

Si l'acquéreur paie en présence du concours des seuls créanciers hypothécaires inscrits, il agira prudemment en exigeant de ces créanciers une garantie contre le recours possible des chirographaires, car

ceux-ci auraient le droit de faire annuler la distribution à laquelle il aurait été procédé au mépris de leur opposition reconnue fondée. Il va de soi que, si l'opposition n'était pas sérieuse, et que les créanciers inscrits en obtiennent la main levée, les frais demeureraient à la charge de l'opposant (Carré et Chauveau, *Question* 2.547 *ter*; Cass. req., 26 février 1901, D. 06. 1. 333).

Pour que l'ordre consensuel soit régulier, il ne suffit pas que tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés soient convoqués, il faut, en outre, qu'ils aient la *capacité* nécessaire pour y participer. Il convient de rappeler ici que nous sommes en présence non pas d'un acte judiciaire pour lesquels les créanciers doivent être capables d'ester en justice, mais d'un véritable contrat, lequel n'est valable que si les conditions normales de régularité des contrats sont réunies : consentement, absence du vice du consentement, cause, objet et capacité. Il y a contrat entre toutes les parties qui concourent au règlement et, au cas où les conditions de formation de contrat ne seraient pas réunies, une action en nullité ordinaire soumise aux règles de l'article 1304 apparaîtrait, soit pour vice du consentement, soit pour incapacité.

D'une manière générale, le principe à poser est le suivant : les incapables de contracter peuvent certainement consentir au règlement consensuel, s'ils reçoivent satisfaction intégrale, c'est-à-dire s'ils sont

colloqués pour le montant de leurs droits. On est alors en présence d'un acte d'administration qui, tournant à l'avantage des incapables, peut être passé soit par eux-mêmes, soit par leur représentant légal. Mais si le règlement ne leur procure pas l'entier remboursement de leurs créances, la participation à l'ordre consensuel n'est plus un simple acte d'administration ; il dégénère en une transaction dans laquelle chacune des parties en cause accepte le sacrifice de certains de ses droits pour en sauvegarder d'autres ; la règle de capacité change alors ; l'opération s'analyse en une transaction et, pour que l'incapable puisse accepter valablement un rang de collocation auquel il ne sera pas intégralement désintéressé, il est nécessaire qu'il ait la capacité de transiger.

Il importe de bien remarquer que cette capacité ne se confond pas avec celle de donner mainlevée de l'hypothèque garantissant la créance. Dans la mainlevée, l'hypothèque disparaît, mais la créance subsiste, si elle n'a pas été préalablement remboursée ; l'adhésion à un ordre consensuel, dans le cas où elle ne permet pas une collocation en rang utile, entraîne extinction de tout ou partie de la créance ; pour y figurer, il est indispensable d'avoir la capacité de disposer de la créance, par voie de transaction. L'application de ces principes aux différentes catégories de personnes conduit aux distinctions suivantes :

1° *Mineur et interdit.* — Le mineur non émancipé pas plus que l'interdit, ne peut figurer seul à un ordre consensuel. Il y est représenté par son tuteur qui a qualité pour toucher le montant des créances du pupille et qui peut dès lors consentir à la radiation des inscriptions contre paiement. La non comparution du tuteur ou son refus d'adhérer rendrait le règlement consensuel impossible ; si le tuteur consent, une distinction doit encore être formulée. Si d'abord le mineur est intégralement colloqué, le règlement consensuel est absolument valable sans autre formalité que le concours du tuteur, car celui-ci est qualifié pour toucher tout ce qui est dû à son pupille. Et il faudrait assimiler au paiement proprement dit toute cause régulière d'extinction de la créance (compensation, confusion, novation).

En effet, les tuteurs et administrateurs, ayant le pouvoir de donner quittance, sont également capables de reconnaître que la créance de leur pupille est éteinte par les voies légales et il n'y a pas lieu d'assujettir une semblable déclaration aux formalités requises pour les transactions. Le tuteur aurait les mêmes pouvoirs dans une autre hypothèse où les créanciers participant à l'ordre consensuel, bien que ne recevant rien, sont considérés néanmoins comme touchant le montant intégral de ce qui leur est dû ; c'est le cas pour une créance éventuelle dont le montant est consigné pour être attribué, suivant

l'événement de la condition, soit au titulaire de la créance, soit aux autres créanciers immédiatement postérieurs. Mais, si le mineur ne reçoit pas une collocation équivalant au montant de sa créance, la situation se trouve modifiée et il faut subdistinguer : ou bien les créances colloquées avant celle de l'incapable ne sont pas contestables ; l'adhésion du tuteur, qui ne proteste pas contre le rang de collocation auquel son pupille ne sera pas payé, s'analyse en un acquiescement au règlement établi par les autres créanciers au préjudice des droits de son mineur ; son consentement n'est, dès lors, valable qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 464 C. civ.). Ou bien les créances antérieures, sont contestables ou contestées ; le tuteur, en acceptant le règlement consensuel sans soulever de protestation, consent en réalité une transaction au nom de son mineur et celle-ci ne peut être autorisée que dans les formes de l'article 457 du Code civil, c'est-à-dire qu'il faudra au tuteur l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes et l'homologation donnée par le tribunal au règlement consensuel (Garsonnet et César Bru, n° 1756). Si ces autorisations n'étaient pas représentées, l'acte serait nul.

Quand au mineur émancipé, il doit en toute hypothèse être assisté de son curateur. Cette assistance est même suffisante s'il reçoit son paiement intégral. S'il n'est colloqué que partiellement, et, *a fortiori*, à

défaut de collocation, il ne pourra consentir à l'ordre consensuel, indépendamment de l'assistance de son curateur, que dans les formes qui sont imposées au mineur en tutelle pour la transaction. Il n'en serait différemment que s'il s'agissait d'une créance relative à ses revenus (créance de loyers, de fermages), car, en pareil cas, l'émancipé pourrait transiger librement (art. 481 et 482 C. civ.). Mais, dès que la créance représente un capital mobilier, l'assistance du curateur est indispensable au mineur émancipé, qu'il y ait acquiescement ou transaction.

Les mêmes règles s'appliqueraient à l'interdit.

2° *Le prodigue et le faible d'esprit* ne pouvant, sans l'assistance de leur curateur, recevoir des capitaux mobiliers ni en donner quittance, il est indispensable qu'ils se munissent de cette assistance pour participer à un ordre consensuel.

3° En ce qui concerne la *femme mariée*, des sous-distinctions doivent être posées : A) Sous le régime de la communauté, le mari, ayant seul qualité pour aliéner à titre onéreux les meubles comme les immeubles de la communauté, peut seul disposer d'une créance commune dans un ordre consensuel ; la femme ne peut figurer à ce règlement qu'avec l'autorisation de son mari ou de la justice (Chauveau, question 2555 ; Garsonnet, n° 1756). Mais elle ne pourrait être représentée par son mari à un ordre consensuel qu'en vertu d'un pouvoir spécial en ce qui

concerne ses créances propres, dans le cas où elle ne serait pas intégralement payée ; en effet, la jurisprudence refuse au mari le droit de disposer des créances propres de la femme commune sans le consentement de celle-ci ; ce consentement est donc nécessaire si le règlement aboutit à une transaction relativement à la créance de la femme. Si la femme est intégralement colloquée pour une créance qui lui appartient en propre, ou si elle est primée par des créances incontestables, le mari peut figurer seul au règlement, dans le premier cas comme administrateur des propres, dans le second cas parce que, ayant l'exercice des actions et des droits mobiliers de sa femme, il a capacité d'acquiescer.

Les mêmes règles s'appliqueraient au régime exclusif de la communauté.

Sous le régime de la séparation de biens, la femme n'a pas besoin de l'autorisation du mari pour figurer à un ordre consensuel (Carré et Chauveau, question 2353, Novières). Il n'y a pas à distinguer suivant qu'elle touche ou non le montant de sa créance, car elle peut transiger sur ses droits mobiliers (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., tome V, p. 404). D'autre part, il ne saurait être question d'exiger l'autorisation maritale à raison du caractère de l'ordre consensuel qui n'offre aucune analogie avec une procédure judiciaire. La même règle s'applique à la séparation judiciaire, exception faite, bien en-

tendu, du cas où elle interviendrait entre époux mariés sous le régime dotal. Dès lors le mari qui voudrait figurer à un ordre consensuel intéressant sa femme, devrait être muni d'une procuration spéciale pour la représenter valablement. Toutefois, dans l'opinion qui ne reconnaît pas à la femme séparée de biens la capacité de disposer de ses créances, celle-ci aura besoin d'une autorisation, lorsqu'elle ne recevra pas l'intégralité de ce qui lui est dû, ou si elle se trouve primée par des créances qui sont contestables ou contestées.

Il en va différemment de la femme séparée de corps, qui est seule qualifiée pour figurer dans un ordre consensuel la concernant, comme dans tous les autres actes.

Enfin, si la femme est mariée sous le régime dotal, la distinction suivante s'impose : l'épouse peut produire alors à l'ordre consensuel, avec l'autorisation de son mari, relativement à ses créances paraphernales. Quant aux créances dotales, c'est le mari, administrateur des biens dotaux, qui a qualité pour en recevoir le paiement ; il peut donc produire seul à l'ordre et donner mainlevée contre paiement intégral. Mais, si la créance dotale n'est pas intégralement colloquée dans le règlement consensuel, le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, adopté par la jurisprudence, ne lui permet pas de donner son adhésion, et il devient nécessaire d'ouvrir un or-

dre judiciaire. Quand la femme dotale est séparée de biens, elle peut figurer seule à un ordre consensuel pour ses créances paraphernales. Quant à ses créances dotales, elle est substituée simplement à son mari pour les actes d'administration, mais elle ne saurait donner, à défaut de collocation intégrale, son adhésion à un règlement consensuel. Enfin, quand il s'agit spécialement pour la femme de faire valoir ses droits contre son mari, aucune autorisation de celui-ci n'est nécessaire, notamment au sujet d'un ordre ouvert sur les biens du mari en exécution du jugement qui prononce la séparation de biens ; mais elle ne peut consentir à la radiation de son hypothèque légale sans paiement que dans les circonstances où elle est autorisée à renoncer à cette sûreté, et encore lui faut-il observer les formes prescrites pour la renonciation au profit d'un tiers, c'est-à-dire la forme notariée, car la radiation de l'inscription a toujours lieu en matière d'ordre au profit de l'acquéreur.

Enfin, bien qu'il s'agisse d'une question d'indisponibilité plutôt que d'incapacité *pour le failli* (le dessaisissement correspondant ici à une sorte de sûreté réelle au profit des créanciers de la faillite), nous ajouterons le *commerçant failli* à la liste des personnes qui ne peuvent participer par elles-mêmes à un ordre consensuel. Le syndic interviendra lui-même et représentera le failli au règlement consensuel ; le

liquidé judiciaire ne pourrait y figurer qu'avec l'assistance de son liquidateur. Si la collocation ne représente pas la totalité de la créance du commerçant, l'ordre consensuel sera, en pareil cas, assujéti aux formalités prescrites pour les transactions mobilières en matière de faillite. Il n'en serait autrement que si la créance était reconnue éteinte, car cette reconnaissance rentre incontestablement dans les pouvoirs du syndic ou du liquidé assisté de son liquidateur.

Enfin, lorsqu'une personne morale (Société civile ou commerciale) figure à un ordre consensuel, elle y est représentée par ses gérants ou administrateurs. Dans le cas où la collocation attribuée à la personne morale ne la couvrirait pas de l'intégralité de sa créance, le gérant ne pourrait figurer à l'ordre consensuel que s'il était autorisé par les statuts ou par les clauses de son mandat à renoncer à l'inscription hypothécaire sans recevoir le paiement.

Il convient d'ailleurs de remarquer que, toutes les fois qu'il se rencontre des incapables parmi les créanciers colloqués à un règlement consensuel, il appartient à l'adjudicataire de vérifier si ces incapables ont été suffisamment représentés, et s'ils ont été colloqués pour la totalité de ce qui leur est dû. En effet, si, ultérieurement, des difficultés surgissent et que les représentants des incapables reviennent sur une transaction qui leur a été manifestement préjudiciable, les autres créanciers colloqués subiront une perte,

car ils seront tenus non seulement de supporter une réduction de leur location primitive, mais peut-être encore de payer des dommages-intérêts. (Cf. Rousseau et Laisney, *op. cit.*, v° *Ordre*, n° 6).

Enfin, l'action en nullité organisée par l'article 1304 comme sanction de l'incapacité des parties contractantes exerce son domaine sur l'ordre consensuel, et les critiques dont celui-ci peut être l'objet à raison de l'incapacité des contractants peuvent donner ouverture à une instance en nullité pendant dix ans.

En résumé, l'ordre consensuel ne peut intervenir qu'entre parties majeures et maîtresses de leurs droits (Garsonnet, n° 1756; Dijon, 5 juillet 1865, *Jurisprudence générale*, Dalloz, *supplément*, v° *Ordre*, n° 11) et les incapables ne peuvent y recevoir une collocation valable que s'ils ont été dûment assistés et autorisés. Serait donc nul l'ordre dressé par un notaire où les représentants d'un incapable n'auraient pas été munis de pouvoirs suffisants (Req., 26 février 1901, D. 06. 1. 333). C'est toujours la conséquence du même principe: l'ordre consensuel n'est qu'un contrat ordinaire, qui exige le consentement et la capacité de toutes les parties. En l'absence de ces éléments, l'ordre consensuel est impossible à réaliser (Cf. Garsonnet, n°s 1799 et s.).

CHAPITRE III

DES EFFETS DE L'ORDRE CONSENSUEL

SPÉCIALEMENT EN CE QUI CONCERNE L'EXERCICE DU
DROIT DE PRÉFÉRENCE ATTACHÉ A L'HYPOTHÈQUE
LÉGALE.

C'est encore au caractère juridique de l'ordre consensuel qu'il convient de se référer pour apprécier les effets qu'il produit; or, le principe demeure toujours qu'à la différence de l'ordre judiciaire amiable, ou de l'ordre judiciaire auquel il est procédé en cas d'échec de la tentative de l'ordre amiable, le règlement consensuel ne constitue qu'un contrat de droit commun : dès lors, il serait inexact de prétendre, contrairement à l'affirmation de la Cour de Caen (arrêt du 6 août 1866, S. 67. 2. 386, D. 68. 2. 27) qu'il engendre toutes les conséquences de l'ordre judiciaire proprement dit ou même de l'ordre judiciaire amiable. Incontestablement l'ordre consensuel régulièrement effectué entre majeurs lie les créanciers et

les différentes parties qui y ont consenti ; c'est l'application pure et simple de l'article 1134 (Garsonnet, t. V, n° 1756 ; Glasson et Tissier, t. II, n° 171). Et, à cet égard, il n'est pas téméraire de soutenir que l'ordre consensuel dressé devant notaire présente une grande analogie avec l'ordre judiciaire ; mais il ne faut pas l'exagérer.

Il a été jugé, par application du principe, que, l'ordre consensuel consenti devant notaire tenant lieu d'ordre judiciaire, cet ordre doit être maintenu dans le cas où il deviendrait nécessaire de procéder à la revente de l'immeuble saisi en raison de l'insolvabilité ou de la mauvaise foi du premier acquéreur ou adjudicataire (Nîmes, 5 déc. 1850, D. 51.2.79 ; Alger, 4 nov. 1852, D. 56.2.18 ; Rousseau et Laisney, v° *Ordre*, n° 23).

En ce qui concerne l'exécution du règlement consensuel, aucune difficulté ne saurait s'élever si l'adjudicataire a donné son adhésion à cet ordre. Et au cas où il montrerait de la mauvaise volonté, il serait passible de dommages et intérêts (Garsonnet et César Bru, n° 1759).

La situation change lorsque l'adjudicataire n'a pas adhéré à l'ordre consensuel. Ce règlement ne saurait dans cette hypothèse acquérir force obligatoire à son égard que s'il a été accompagné de la signification à l'acquéreur de l'acte portant délégation sur lui vis-à-vis de chaque créancier, avec un extrait des ins-

criptions des créanciers délivré depuis la transcription ; il y a lieu de lui notifier, en outre, la grosse de l'acte de vente ou du jugement d'adjudication, qui forme le seul titre exécutoire contre lui et susceptible de le contraindre (Dijon, 5 juillet 1868, *D. Supp.*, v^o *Ordre*, n^o 8 ; Carré et Chauveau, question 2547, 3^e ; et Req., 26 février 1901 précité).

Dans l'exécution de l'ordre consensuel, l'adjudicataire n'est tenu de payer les créanciers qui ont figuré au règlement que si on lui a rapporté mainlevée des oppositions pratiquées entre ses mains (Carré et Chauveau, question n^o 2547, 5^e). Si l'adjudicataire, après avoir exécuté l'ordre consensuel, se trouvait obligé de payer une seconde fois d'autres créanciers qui devaient être remboursés par préférence et qui ont été omis par cet ordre, il a, nous le savons, une action en restitution contre les créanciers qui ont été désintéressés, et la perte est alors supportée par ceux des créanciers dont le rang hypothécaire ne pouvait permettre une collocation utile... C'est en effet au vendeur et aux créanciers qu'il appartient de procéder entre eux à la répartition du prix ; eux seuls sont appelés à profiter de cette répartition ; par suite, ils doivent également en supporter les conséquences (Cass., 21 janvier 1815, S., 1816. 1. 190).

De ce que le règlement consensuel est un contrat, nous déduirons encore que les voies de nullité ou de rescision des conventions s'appliquent, à l'exclusion

des moyens ordinaires ou extraordinaires de recours contre les sentences judiciaires.

Des différences importantes séparent également le règlement consensuel de l'ordre judiciaire ou amiable au point de vue de la capacité des parties ; il suffit que les créanciers aient la capacité de contracter, celle d'ester en justice n'est pas exigée d'eux. Enfin, au cas où, parmi les créanciers, figurerait une femme mariée sous le régime dotal, elle ne pourrait dans l'ordre consensuel consentir abandon ni radiation de son hypothèque ; dans l'ordre judiciaire et même dans l'ordre amiable, le magistrat fait acte de juge ; par suite ses décisions sont obligatoires, et il peut prescrire, sous sa responsabilité, la radiation de l'hypothèque légale de la femme dotale.

Mais c'est surtout en ce qui concerne la mission du conservateur des hypothèques que l'ordre consensuel diffère de l'ordre judiciaire ou amiable. En effet, dans l'ordre amiable, préliminaire obligatoire de conciliation dans lequel tous les créanciers inscrits, convoqués à cet effet devant le juge désigné, cherchent à s'entendre sur le rang de chacun d'eux, le magistrat, si tous les créanciers sont réunis et d'accord, dresse procès-verbal de la distribution du prix par règlement amiable. Il ordonne la délivrance des bordereaux aux créanciers utilement convoqués, et la radiation de ceux qui n'ont pas été admis en ordre utile. Les inscriptions sont rayées sur la présenta-

tion d'un extrait délivré par le greffier de l'ordonnance du juge (art. 751 du Code de Proc.). Le juge apparaît ainsi comme un conciliateur tant que les intéressés ne se sont pas mis d'accord; mais, dès que les arrangements définitifs ont été conclus entre eux, le magistrat leur imprime une force exécutoire et il est chargé d'en réaliser toutes les conséquences par la délivrance des bordereaux et par l'injonction faite au conservateur de rayer les inscriptions que les titulaires reconnaissent sans effet.

A la vérité, on s'est demandé si le conservateur n'encourait pas une responsabilité en procédant à la radiation des inscriptions, à la suite d'un ordre amiable, sans s'assurer de la capacité et du consentement de l'intéressé ainsi que de la compétence du juge conciliateur. La réponse à cette question dépend du point de savoir quel est, parmi les deux caractères de l'ordre amiable, qui tient à la fois de la convention et du jugement, celui qui doit prévaloir sur l'autre. Une longue controverse a régné à cet égard: les uns ont vu dans l'ordre amiable un simple contrat analogue à l'ordre consensuel (Trib. civ. d'Avesnes, 13 février 1869; et Cour de Douai, 12 août 1869, S. 69.2.319; Cour d'Amiens, 17 juillet 1868, S. 68.2.257; Caen, 25 mai 1863, S. 63.2.241). D'autres lui ont assigné le caractère d'une véritable décision judiciaire (Rouen, 17 juin 1863, S. 63.2.219; Grenoble, 20 mars 1867, S. 67.2.213). Quant à la Cour de cassation, elle semble

avoir adopté un système mixte, et, d'après elle, il y aurait lieu de distinguer entre le contrat judiciaire formé sous les yeux du juge par la volonté des parties qui se règlent entre elles, et l'intervention du juge qui en assure l'exécution par l'ordonnance d'exequatur à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée (Cass., 28 nov. 1899, D. 1900. 1. 252; 13 janvier 1903, S. 03. 1. 497, *Note de M. Tissier*, et D. 03. 1. 48). Dans cette opinion, le juge commissaire, en dressant acte du règlement amiable intervenu entre les parties, cesse d'être un simple agent de conciliation, et il fait acte de juge; ses décisions sont dès lors obligatoires aussi bien pour le conservateur des hypothèques que pour les parties. Le conservateur est tenu d'y déférer sans délai et il ne saurait être responsable du résultat des radiations prescrites par l'ordonnance d'exequatur du juge commissaire, puisque cette ordonnance équivaut à la sentence passée en force de chose jugée qu'exige l'article 2157. Il suffit, pour que la radiation soit opérée sans péril, que l'extrait visé par l'article 751 du Code de procédure, délivré par le greffier, de l'ordonnance du juge, renferme le nom des acquéreurs, la désignation de l'immeuble, le prix à distribuer, l'indication que l'ordre est amiable et les détails concernant les inscriptions à rayer. Cet extrait doit être signé du greffier.

Quant à l'ordre judiciaire, aucune difficulté ne s'est jamais élevée au sujet du rôle du conservateur,

car, aux termes de l'article 769 « dans les dix jours à partir de celui où l'ordonnance de clôture ne peut plus être attaquée, le greffier délivre un extrait de l'ordonnance du juge pour être déposé par l'avoué poursuivant au bureau des hypothèques. Le conservateur, sur la présentation de cet extrait, fait la radiation des inscriptions des créanciers non colloqués. » En pareil cas il n'est pas douteux que le conservateur, exécutant purement et simplement une décision judiciaire, n'a à s'enquérir ni de la compétence du juge dont elle émane, ni de la capacité ou du consentement des parties. La délivrance de l'extrait couvre entièrement ou mieux supprime la responsabilité du conservateur, puisqu'elle lui enlève tout droit de contrôle et d'appréciation ; seulement il incombe au greffier de ne dresser cette pièce qu'après s'être assuré que l'ordonnance est devenue définitive.

Mais la responsabilité du conservateur apparaît au contraire dans le règlement consensuel, puisque cet acte n'est autre chose que la répartition conventionnelle du prix entre les ayants droit. Dans l'ordre amiable ou judiciaire, c'est au juge qu'il appartient de tirer les conséquences du consentement des créanciers. Le magistrat accomplit cette mission en ordonnant la délivrance des bordereaux aux créanciers utilement colloqués et la radiation des inscriptions. Quant au conservateur, il n'a point qualité pour

apprécier et critiquer l'œuvre du juge ; il doit rayer les inscriptions sur la présentation de l'extrait délivré par le greffier de l'ordonnance du juge. En face de l'ordre judiciaire ou amiable, le conservateur tient donc un rôle purement passif et il ne saurait émettre la prétention de s'ériger en tribunal d'appel de l'œuvre du juge. Mais dans l'ordre consensuel, qui obéit aux règles de droit commun des contrats, les mainlevées susceptibles d'être consenties demeurent soumises à toutes les règles ordinaires, soit pour la forme solennelle, soit relativement à la capacité des parties. Il apparaît dès lors nettement que le conservateur, responsable du dommage qui résulterait de radiations indûment opérées, a le droit de contrôler l'acte qui entraîne la mainlevée et de refuser d'y procéder si l'acte lui paraît irrégulier, la mainlevée illégale, soit au point de vue de la capacité des parties, soit quant à leur consentement (Rouen, 17 juin 1863, S. 63. 2. 219). Il ne saurait se borner à un rôle purement passif, et il est tenu d'exercer un pouvoir de contrôle en ce qui touche les qualités et la capacité des parties, s'il tient à s'exonérer de toute responsabilité.

Tenu d'observer la règle du droit commun relative aux mainlevées conventionnelles le conservateur devra rechercher si le consentement du créancier à la radiation est expressément constaté et s'il est exprimé dans la forme authentique. La mainlevée pourrait d'ailleurs être passée en brevet (Cass. Req., 18 juil-

let 1838, D. *Répertoire*, v^o *Privilège et hypothèque*, n^o 2722). En outre, il n'échappera pas au conservateur que la gravité de la mainlevée varie suivant les circonstances dans lesquelles elle intervient, car elle est loin de présenter un caractère unique et permanent; si elle intervient après l'extinction de la créance, elle constitue assurément un acte de pure administration, car le créancier qui refuserait d'y consentir pourrait être poursuivi et il y aurait alors radiation forcée (Baudry et de Loynes, t. III, n^o 1908). Si, au contraire, la mainlevée intervient avant que la créance soit éteinte, elle équivaut à une renonciation pure et simple, renonciation portant soit sur le rang de l'hypothèque, soit sur l'hypothèque elle-même; dans ce cas, elle devient clairement un acte de disposition, et c'est alors surtout que la capacité du créancier renonçant doit être appréciée avec soin par le conservateur. De plus, pour les mainlevées et les radiations qui sont consécutives à un ordre consensuel, le conservateur doit se livrer à un contrôle encore plus étendu; il lui incombe d'examiner si l'ordre est régulier en la forme, si l'acquéreur y a été représenté, si les créanciers et notamment les créanciers opposants y ont été admis, si les incapables, au cas où il s'en rencontrerait parmi les créanciers, ont été représentés par des personnes munies d'un pouvoir suffisant, si le notaire n'a pas colloqué un créancier dont l'inscription était nulle, etc. Le conserva-

teur est sans doute l'exécuteur de la volonté des parties qui ont figuré à l'ordre; cependant il lui incombe d'examiner si cette liberté est librement intervenue et dans les formes légales. La mainlevée entraîne, en effet, l'extinction de l'hypothèque et la radiation qui en est l'exécution sur les registres en constitue pour ainsi dire la publicité et la manifestation extérieure. Pour tous ces motifs on s'explique le soin avec lequel le conservateur doit exercer son contrôle sur l'ordre consensuel.

Mais faudrait-il aller jusqu'à dire qu'il est en droit d'exiger les quittances attestant le paiement des créanciers auxquels une collocation a été attribuée ? Il est naturel, en effet, que ces créanciers ne consentent à ne donner mainlevée de leurs hypothèques que sur la foi du paiement ultérieur sur lequel ils comptent. Cela nous semblerait excessif: « Le créancier, écrivent MM. Boulanger et de Récy (t. II, n° 757) pourrait, certes, subordonner sa mainlevée à cette condition en refusant de la donner jusque-là ; mais, du moment qu'il n'a pas cru devoir le faire, et qu'il a suivi la foi de son débiteur en appliquant ses garanties, cette renonciation, si, d'ailleurs, elle émane d'une personne capable, fait loi pour le conservateur, qui n'a pas à protéger contre leur propre imprudence les parties maîtresses de leurs droits, et qui n'a pas à supposer l'existence d'une condition suspensive non exprimée dans le consentement. »

Qu'arriverait-il au cas où le conservateur commettrait une erreur et opérerait la radiation d'une inscription à la place d'une autre, ce qui n'est pas une difficulté purement théorique (Grenoble, 23 juin 1866, et Cass., 18 juillet 1838, *D. Rép.*, v° *Privilège et hypothèque*, n° 2722, 3°). Le créancier, dont l'inscription a fait l'objet d'une radiation qu'une décision judiciaire a postérieurement annulée, devrait-il prendre une nouvelle inscription ? (Ch. Chauvin, *De la nature et des effets juridiques de la mainlevée et de la radiation des hypothèques*, thèse, Rennes, 1900, p. 99 et s.). Il nous semble, contrairement à l'opinion générale, que le créancier n'a pas à prendre une nouvelle inscription (Cf. Baudry et de Loynes, *Ibid.*, t. I, p. 179, et de Loynes, *Note Dalloz*, 93.2.569). On ne peut imposer au créancier l'obligation d'avancer de nouveaux droits à raison d'une inscription qui a été irrégulièrement annulée ; il ne s'agit pas pour lui d'être investi d'une hypothèque nouvelle, mais simplement de conserver celle qui, juridiquement, n'a jamais cessé de lui appartenir. D'ailleurs l'annulation de la radiation sera mentionnée sur les registres hypothécaires et elle constituera une publicité suffisante pour prévenir les tiers que la sûreté appartenant aux créanciers subsiste. La nécessité d'une nouvelle inscription n'apparaîtrait que dans l'hypothèse où l'inscription radiée à tort aurait été, dans l'intervalle, atteinte par la prescription décen-

nale. La jurisprudence estime, au contraire, qu'en toute hypothèse le créancier dont l'inscription a été rétablie après radiation devra s'inscrire de nouveau.

Seulement quel sera alors l'effet de cette inscription? Ou, en d'autres termes de l'annulation de la radiation? Il est certain, d'abord, qu'elle ne pourra nuire aux créanciers antérieurs à celui dont il s'agit, non plus qu'aux inscriptions postérieures à la publicité donnée au jugement d'annulation. Mais la question est demeurée longtemps douteuse à l'égard de deux catégories d'inscriptions: celles postérieures à l'inscription radiée à tort, mais antérieures à la radiation; d'autre part, celles prises entre la radiation et son annulation. La grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence françaises estime que le rétablissement de l'inscription ne peut porter aucune atteinte aux tiers qui ont publié leurs droits après la radiation; mais il est opposable à ceux dont les inscriptions ou transcriptions se placent entre celles radiées à tort et la radiation (Cf. Baudry et de Loynes, t. I, p. 188; Boulanger et de Récy, t. I, n° 10, D. *Répertoire*, v° *Privilège et hypothèque*, n° 2737 et s.; Cass., 13 avril 1863, D. 63.1.297; 28 février 1880, D. 81.1.163; 26 juin 1895, S. 96.1.481). Cette distinction semble absolument conforme aux principes de notre régime hypothécaire. En effet, il serait contraire à la règle fondamentale de la publicité des

hypothèques que l'inscription radiée par erreur puisse reprendre son rang au préjudice des tiers inscrits antérieurement à son rétablissement sur les registres du conservateur. Ces tiers ont traité sur la foi des registres et ils ne peuvent se voir opposer une hypothèque occulte. Quant aux tiers qui ont fait transcrire ou inscrire leur titre avant la radiation, il n'y a rien d'injuste à décider qu'ils se trouvent primés par l'inscription rétablie; en effet, ils ne peuvent prétendre avoir traité sur la foi des registres leur annonçant la radiation, puisque celle-ci n'était pas encore intervenue. Leur position demeure en définitive absolument la même que celle qu'ils avaient au moment où ils ont publié leur droit.

Il peut surgir une autre difficulté en ce qui concerne la radiation de l'inscription d'office: le conservateur est-il fondé, en présence d'un ordre consensuel contenant mainlevée de toutes les inscriptions qui se sont révélées, à se refuser à la radiation définitive de l'inscription d'office prise lors de l'aliénation ou adjudication au nom du vendeur ou du saisi, en prétendant ne la radier qu'à concurrence du montant des créances connues, et en réserver le bénéfice pour le surplus au profit des créanciers à hypothèque légale ignorés?

La question a donné lieu à des décisions récentes

du tribunal de la Seine et de la Cour de Paris. Le tribunal de la Seine fut appelé à statuer le 25 juillet 1905 (*Journal des conservateurs des hypothèques*, année 1908, art. 6175) sur l'espèce suivante : à la suite d'une adjudication sur conversion de saisie, l'acquéreur de l'immeuble fit procéder à la purge des hypothèques légales non inscrites en observant les formalités de l'article 2194 du Code civil. Aucune hypothèque légale ne s'étant révélée, il se libéra ultérieurement de son prix suivant quittance notariée, avec le concours et le consentement des créanciers inscrits, de la partie saisie et du saisissant ; aux termes de cet acte, la mainlevée de l'inscription d'office prise contre l'acquéreur fut consentie définitivement comme conséquence du paiement régulièrement constaté ; cependant le conservateur des hypothèques se refusa à rayer l'inscription d'office sous prétexte qu'elle devait subsister tant que les créanciers à hypothèque légale qui ne se seraient pas révélés lors de la purge pouvaient encore faire valoir un droit de préférence sur le prix (art. 772 du Code de proc. civ.). Il résulte, en effet, de ce texte que le droit de préférence est, dans l'hypothèse d'une aliénation, réservé jusqu'à l'expiration du délai de trois mois. Or, ce délai ne court que du jour où l'ouverture d'un ordre est possible, ce qui ne peut avoir lieu qu'après l'accomplissement des formalités prévues par les arti-

cles 2183 et 2184 du Code civil. A la vérité, les créanciers à hypothèque légale peuvent encore être foreclos avant l'expiration de ce délai, par la clôture de l'ordre amiable, mais cet effet ne pourrait être produit par la rédaction d'un règlement consensuel notarié, lequel peut bien constituer un acte valable entre les parties qui l'ont signé, mais ne saurait entraîner contre des tiers une déchéance qui, d'après des textes formels, les articles 717 et 772, est attachée seulement à l'ordonnance du juge commissaire.

A ces arguments présentés par le conservateur des hypothèques, l'acquéreur répondait que la quittance donnée par les créanciers inscrits avec la mainlevée de leurs inscriptions s'opposait à l'ouverture ultérieure d'un ordre amiable ou judiciaire ; que, dès lors, la radiation que ce fonctionnaire entendait subordonner à l'existence et au règlement d'un compte en justice ne saurait jamais être obtenue. En effet, la circonstance que tous les créanciers inscrits avaient accepté le prix et se l'étaient distribué rendait inutile la purge des hypothèques inscrites et, par suite, superflue l'ouverture de l'ordre qui, aux termes de l'article 772, ne peut être requise par les créanciers à hypothèque légale dispensés d'inscription après une vente volontaire, que s'il y a eu purge. L'acquéreur soutenait, en conséquence, que le paiement du prix avait eu pour effet, aussi bien que l'ordonnance

du juge commissaire, d'éteindre le droit de préférence qui pouvait appartenir aux créanciers à hypothèque légale restés occultes. Le tribunal civil de la Seine décida que, dans l'espèce, il était constant que l'acquéreur avait procédé à la purge des hypothèques légales, conformément à l'article 2195 du Code civil. Or, aucun créancier muni d'une hypothèque légale ne s'étant révélé et n'ayant pris d'inscription dans le délai fixé par ce texte, les créanciers de cette catégorie avaient perdu tout droit de suite sur l'immeuble. Il subsistait, sans doute, à leur profit, un droit de préférence sur le prix, mais seulement tant que le prix était encore dû. Mais l'acquéreur ayant régulièrement payé son prix, quittance lui ayant été donnée et mainlevée de l'inscription d'office lui ayant été consentie par le vendeur et les créanciers, tous capables et maîtres de leurs droits, il n'y avait plus aucune raison de maintenir l'inscription d'office, l'adjudicataire étant libéré et le droit de préférence des créanciers à hypothèque légale éteint. Au surplus, déclare le tribunal, ces créanciers ne peuvent se plaindre ; ils n'avaient qu'à provoquer eux-mêmes l'ouverture d'un ordre proprement dit et à prendre pour la conservation de leurs droits les mesures les plus utiles. La déchéance qu'ils subissent n'est que la conséquence de leur négligence. Mais la prétention du conservateur ne peut être admise ; sinon elle laisserait subsister indéfiniment l'inscription d'office

au profit des créanciers à hypothèque légale et il serait inadmissible que l'adjudicataire qui a payé de bonne foi son prix ne puisse obtenir la radiation de cette inscription.

La même solution avait, d'ailleurs, été déjà consacrée par le tribunal de Nîmes (jugement du 30 janvier 1896, *Journal des conservateurs des hypothèques*, année 1896, art. 1728), dans l'hypothèse d'une vente sur saisie, et, un ordre consensuel ayant réparti le prix entre les ayants droit, le tribunal de Nîmes condamna le conservateur à opérer la radiation de l'inscription d'office en vertu de la mainlevée consentie par les créanciers inscrits, avec le concours du débiteur saisi. Sur l'appel formé par le conservateur des hypothèques, la Cour de Paris, deuxième Chambre, rendit, le 31 janvier 1907, un arrêt confirmatif (*Journal des conservateurs*, année 1908, art. 617 et *Sirey*, 09. 2. 169). Considérant qu'il est constaté par le jugement dont est appel, ou par les documents du procès, qu'une saisie réelle ayant été pratiquée le 16 août 1902 sur un immeuble sis boulevard de Belleville, n° 52, appartenant à une dame Pernet, cette saisie a été convertie en une vente volontaire par jugement du 25 septembre 1902 et que ledit immeuble a été vendu, à l'audience des criées du tribunal civil de la Seine par jugement du 4 février 1903, transcrite le 13 mars 1903, avec inscription d'office du même jour, et adjugé à Vodable

moyennant le prix de 280.000 francs; que suivant acte reçu par M^e Brécheux, notaire à Paris, le 21 octobre 1903, la venderesse et tous les créanciers inscrits ont reconnu avoir reçu de Vodable le montant du prix de l'adjudication, lui en ont donné quittance et consenti mainlevée entière et définitive de l'inscription d'office et de toutes autres inscriptions;

Qu'ainsi l'adjudicataire s'est trouvé libéré envers les créanciers incrits, sans qu'il ait eu besoin de leur faire des sommations ou notifications prévues par les articles 2183 du Code civil et 692 du Code de procédure civile;

Qu'à l'égard des créanciers à hypothèque légale qui auraient pu exister, il est constant et non contesté que Vodable avait accompli les formalités de purge spéciales à cet objet et que le délai de l'article 2195 du Code civil était expiré;

Considérant, néanmoins, que Boulière, conservateur au quatrième bureau des hypothèques de la Seine, s'est refusé à opérer la radiation de l'inscription d'office, sous prétexte que les créanciers à hypothèque légale qui pourraient survenir seraient encore fondés à exercer un droit de préférence sur le prix de l'immeuble, droit garanti par l'inscription d'office qu'il était de son devoir de maintenir;

Que, suivant lui, un droit de préférence subsiste en matière d'adjudication après saisie tant qu'un ordre n'a pas été ouvert et clos définitivement; que,

le jugement de conversion ne faisant pas disparaître les effets de la saisie, cette procédure resterait obligatoire et seule pourrait mettre fin aux droits des créanciers à hypothèque légale ; — qu'il dénie la même efficacité à la distribution opérée en vertu de la convention dénommée ordre consensuel ; que cet acte ne serait qu'une convention privée, comme telle non opposable à ceux qui n'y ont pas pris part ; donc, sans effet à l'égard des créanciers à hypothèque légale ; que le vendeur, encore sous le coup de la saisie, n'aurait plus la disposition de l'immeuble et ne pourrait plus donner quittance du prix ;

Considérant que cette argumentation revient à dire qu'une vente sur conversion, pour produire ses effets libératoires, doit être suivie nécessairement d'une procédure d'ordre ; — mais considérant que nulle part la loi, pour le cas d'une vente après conversion, n'a formulé ni explicitement ni implicitement une telle exigence ; que le saisi, au lieu d'être frappé d'incapacité totale, est resté vendeur, capable sous certaines restrictions énoncées dans l'article 748 du Code de procédure civile, et moyennant l'observation de certaines formalités prescrites par l'article 743 et contenues dans les articles 958 et suivants, du Code de procédure civile ;

Que s'il est vrai que la conversion demandée par le poursuivant et le saisi seul, c'est-à-dire avant la notification aux créanciers inscrits, n'est pas oppo-

sable à ceux-ci et que l'adjudication consécutive ne doive avoir à leur égard que les effets d'une vente amiable, l'imperfection de ces effets disparaît du moment que tous les créanciers inscrits contractant avec le vendeur et l'adjudicataire se sont déclarés satisfaits et ont donné quittance et mainlevée ; qu'il n'est d'ailleurs pas exact de dire que cet acte, n'étant qu'une convention privée, n'a produit aucun effet à l'égard des tiers ; qu'il faut dire au contraire qu'accompli sans fraude et sans dissimulation, un tel acte fait foi à l'égard de tous de ce qui s'est passé entre les parties contractantes ; que, si l'on ajoute à ce fait que la purge des hypothèques légales a eu lieu régulièrement et qu'aucune production n'a eu lieu de ce chef avant la distribution du prix ; en un mot si tous les intéressés imaginables ont été dûment avertis, il se trouve par cela même qu'ils ont été sauvegardés dans la mesure du possible ; qu'aucun droit de préférence de la part d'un créancier à hypothèque légale ne peut plus prétendre s'exercer sur un prix qui a été régulièrement employé à payer des créanciers qui avaient le droit de le recevoir ; surtout lorsque, comme dans l'espèce, il a été absorbé entièrement à cet usage ; — que, de même que la clôture d'un ordre soit amiable soit judiciaire, c'est-à-dire l'attribution définitive du prix de vente, marque, pour les créanciers à hypothèque légale, le terme extrême d'une réclamation possible, le même effet résulte néces-

sairement de la distribution du prix dans le cas où la procédure d'ordre n'est pas obligatoire ; que le saisi vendeur, capable ainsi qu'il a été dit ci-dessus, a eu qualité pour, avec le concours des créanciers, donner quittance du prix à l'acquéreur et mainlevée de son privilège ;

Considérant qu'il faut conclure de tout ce qui précède qu'aucun intérêt légalement subsistant ne s'oppose plus à la radiation de l'inscription, et qu'il est du devoir du conservateur de l'opérer... Sur les dépens, considérant qu'il serait injuste de faire supporter par l'adjudicataire les frais d'un procès qui a été soutenu contre lui sans fondement sérieux et sous prétexte de conserver des droits imaginaires... »

En ce qui nous concerne, le conservateur nous paraît avoir raison dans le débat ; il est évident, en effet, que l'ordre consensuel ne saurait avoir les mêmes caractères et la même portée que l'ordre amiable ou l'ordre judiciaire. Comme nous l'avons déjà démontré au cours de notre travail, le règlement consensuel est un contrat de droit commun et ne présente aucunement les caractères d'une décision judiciaire (Voir, sur le contrat judiciaire, une note de M. Tissier, *Sirey*, 1909. I. 305) ; il ne saurait donc engendrer les conséquences attachées à celle-ci ; d'ailleurs la résistance opposée par le conservateur à la réquisition de radiation de l'inscription d'office se comprenait d'autant mieux que l'apparition

ultérieure de créanciers à hypothèque légale non révélés par la purge accomplie restait à craindre, et il pouvait redouter que sa responsabilité fût engagée ; car ces créanciers auraient vraisemblablement contesté la régularité d'une convention à laquelle ils n'avaient pas participé. Il nous semble donc que le conservateur était fondé à penser que les effets de l'inscription d'office devaient être réservés au profit des créanciers à hypothèque légale, attendu que le droit de préférence appartenant à ces derniers sur le prix, à défaut d'ordre ouvert et clos définitivement, ne saurait être radié en leur absence et en vertu d'un acte auquel ils n'ont pas participé. Or, le règlement consensuel ne possède pas, il s'en faut, le pouvoir libératoire que la loi elle-même attribue à l'ordre amiable ou à l'ordre judiciaire ; ce contrat ne saurait être opposé aux créanciers qui n'y ont pas concouru, bien qu'appelés à y figurer et qui ne s'y sont pas fait représenter. D'ailleurs l'arrêt précité de la Cour de cassation en date du 26 février 1901 est formel pour décider qu'il y a nullité d'un ordre consensuel auquel tous les créanciers n'ont pas été admis. Dès lors, comment opposer à des créanciers non convoqués une déchéance édictée contre ceux qui ont pu faire valoir leur droits avant la clôture de l'ordre amiable ? Ce serait d'autant plus injuste qu'on ne rencontre pas, dans l'ordre consensuel, des formalités destinées à porter la procédure à la connaissance des intéres-

sés et à leur donner le temps d'y assister (Cf. Baudry et de Loynes, t. III, n° 1898 ; Garsonnet, n° 1738). On sait d'ailleurs que l'ordre consensuel n'est opposable à l'acquéreur que s'il y a assisté et adhéré (Req., 26 février 1901.) Sinon, il est absolument en droit d'en refuser l'exécution ou d'exiger caution pour le cas où d'autres créanciers contesteraient la validité des paiements effectués par lui, ce qui autorise à soutenir que le paiement effectué dans ces conditions n'éteint pas le privilège du vendeur ; or l'inscription d'office a précisément pour but de publier ce privilège ; elle est prise par le conservateur sous sa responsabilité, il ne saurait donc la radier s'il lui apparaît que le privilège du vendeur n'est pas anéanti.

En définitive, le motif sur lequel on peut s'appuyer pour soutenir que l'ordre consensuel ne saurait autoriser la radiation de l'inscription prise d'office après une adjudication, c'est que cet ordre n'est point opposable aux créanciers qui n'y ont pas concouru et auxquels l'inscription d'office est susceptible de profiter au même titre qu'aux créanciers ayant consenti à la radiation, ce qui est précisément le cas pour les créanciers à hypothèque légale, qui n'ont pas été convoqués et dont l'existence peut se révéler par la suite. Il serait imprudent pour le conservateur de se contenter de la renonciation de tous les créanciers connus pour faire disparaître une inscription qui peut profiter même à des créanciers ignorés. Il est

élémentaire que l'abandon, par l'un des créanciers, de son privilège et de son action résolutoire, n'a d'effet qu'en ce qui le concerne et n'équivaut à un paiement que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il a été admis à l'ordre. Celui-là seul qui a été colloqué peut disposer, à concurrence de ses droits, du privilège du vendeur. Du moment qu'il reste des créanciers qui ne sont pas intervenus à l'ordre, la radiation de l'inscription d'office requise en vertu de l'ordre consensuel ne peut être opérée.

D'ailleurs, la purge des hypothèques légales, en supposant qu'on y procède conformément aux dispositions du Code civil, a simplement pour résultat, après l'expiration du délai de deux mois à dater de l'exposition du contrat, de priver les créanciers à hypothèque légale du droit de prendre désormais inscription sur les immeubles qui ont été adjugés (art. 2195); mais ils conservent leur action sur le prix, puisque l'article 717 du Code de procédure civile réserve formellement leur droit de préférence et les autorise, sans inscription préalable, à le faire valoir dans les délais qu'il indique. L'article 772 du Code de procédure civile dispose que les créanciers à hypothèque légale qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques dans le délai de deux mois peuvent exercer leur droit de préférence sur le prix à condition de faire ouvrir un ordre dans les trois mois qui suivent ce premier délai. Ils ne sont donc pas réduits à une action

personnelle; ils conservent la faculté de requérir l'ouverture d'un ordre. Il semble donc difficile de soutenir, dans ces conditions, que le conservateur puisse, sans exposer sa responsabilité, radier une inscription garantissant le prix qui forme le gage commun de tous les créanciers, aussi bien de ceux qui ont concouru au règlement consensuel que des créanciers inconnus ou ignorés qui peuvent avoir un droit de préférence non inscrit, mais susceptible d'être invoqué tant que les formalités précitées n'ont pas été accomplies et que les délais assignés pour son exercice ne sont pas expirés.

La Cour de cassation a, d'ailleurs, reconnu, par un arrêt du 24 juin 1891, que, si les créanciers à hypothèque légale qui n'ont pas pris inscription dans les deux mois à compter de l'exposition du contrat de vente, sont déchus du droit de préférence par l'article 772 du Code de procédure civile à défaut d'ouverture d'un ordre dans les délais indiqués par ce texte, il en est ainsi uniquement dans l'hypothèse où un ordre était légalement possible; la Cour suprême a décidé, en conséquence, que la femme qui n'a pas fait inscrire son hypothèque légale sur un immeuble vendu par son mari n'encourt aucune déchéance, bien qu'il n'y ait eu aucun ordre ouvert, si cette procédure ne pouvait être employée à raison du défaut de purge, par l'acquéreur, des hypothèques ordinaires inscrites (D. 92. 1. 93). Cet arrêt a été, en vérité,

ture à l'occasion d'une vente amiable, mais, à *fortiori*, semble-t-il qu'il faut admettre la même solution pour le cas d'une aliénation forcée, puisqu'alors le législateur a soumis la distribution du prix à des règles spéciales qu'il convient d'observer.

Tels sont les motifs pour lesquels le conservateur paraissait fondé à refuser d'étendre la radiation requise aux créanciers autres que ceux ayant concouru à l'ordre consensuel et à qui cette convention n'était pas opposable.

Mais la Cour s'est laissé influencer par cette considération que, dans l'espèce, les créanciers à hypothèque légale, s'il en existait, ne pouvaient échapper au reproche de négligence. D'autre part, la vente sur conversion ne présente plus les caractères d'une aliénation forcée ; elle devient une vente volontaire sauf les seules réserves contenues dans le jugement de conversion. Le conservateur ne pouvait contester la libération de l'immeuble et son affranchissement du droit de suite qu'en alléguant le caractère d'aliénation forcée conservé par la vente sur conversion. Et, pour justifier son refus, de radier l'inscription garantissant un droit de préférence éventuel sur un prix régulièrement payé, il invoquait les articles 717 et 772 du Code de procédure civile, lesquels, en réservant un recours à des créanciers négligents, accordent un délai de grâce non susceptible d'être étendu en dehors des prévisions expresses de ces textes. En outre, l'ac-

quéreur de l'immeuble faisait ressortir dans sa défense que, l'ordre consensuel étant de pratique quotidienne, il était illégal de l'entraver dans son application en le rendant inefficace, et en invoquant les dispositions de l'article 717 inapplicable en l'espèce, puisqu'elles se réfèrent uniquement à la vente forcée.

Les décisions qui précèdent ont été rendues sur des difficultés survenues à la suite d'une vente sur conversion de saisie. Plus récemment, une instance analogue s'est engagée devant le tribunal civil de la Seine, après un ordre consensuel dressé pour la répartition du prix d'adjudication d'un immeuble, cette fois vendu sur saisie immobilière. Suivant jugement de ce tribunal, en date du 19 mai 1904, un sieur Arlicot s'était rendu adjudicataire d'une propriété sise à Levallois-Perret, moyennant, outre les charges, le prix principal de 3.700 francs. La grosse de ce jugement fut transcrite au 6^e bureau des hypothèques de la Seine, le 1^{er} juillet 1904, avec inscription d'office du même jour. Suivant acte notarié du 27 janvier 1906, l'acquéreur se libéra de son prix d'adjudication, en principal et intérêts, entre les mains des créanciers inscrits. En exécution de cette quittance, le conservateur procéda à la radiation définitive des inscriptions prises au profit de ces créanciers et de la transcription de la saisie; mais il ne raya l'inscription qu'en tant qu'elle profitait aux créanciers

colloqués et il réserva tous ses autres effets, invoquant toujours le même argument, savoir la disposition finale de l'article 717 du Code de Procédure Civile modifié par la loi du 21 mai 1858 : « Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix ; les créanciers à hypothèque légale qui n'ont pas fait inscrire leur hypothèque avant le jugement d'adjudication ne conservent de droit de préférence sur le prix qu'à la condition de produire avant l'expiration du délai fixé par l'article 744, du Code de procédure, dans le cas où l'ordre se règle judiciairement, et de faire valoir leurs droits avant la clôture si l'ordre se règle conformément aux articles 751 et 752. »

Le tribunal civil de la Seine (jugement rendu le 8 février 1908, *Journal des conservateurs*, 1909, n° 6279, Sir., 09.2.171) estime qu'en pareil cas la prétention du conservateur est fondée, et la décision ainsi rendue est contraire à la sentence de 1905. Seulement il convient de remarquer que les éléments du procès n'étaient pas absolument les mêmes, attendu que, dans l'instance de 1905, il s'agissait d'une vente sur conversion, donc d'une vente volontaire ; tandis qu'en 1909 la difficulté est soulevée après une adjudication sur saisie immobilière. Le tribunal déclare que, si, au cas d'aliénation volontaire, le consentement du vendeur suffit pour opérer la mainlevée et

la radiation de l'inscription d'office, il en est autrement lorsque l'aliénation a eu lieu à la suite d'une expropriation forcée; dans ce dernier cas, le saisi a perdu par le fait même de l'expropriation le droit de disposer de son bien. Dès lors il n'a pas capacité pour recevoir, sans le concours des créanciers qui possèdent des sûretés sur l'immeuble, le prix produit par l'adjudication et pour donner mainlevée de l'inscription d'office qui garantit le paiement de ce prix. « Attendu, en effet, porte cette décision, que l'adjudication prononcée à la suite d'un jugement sur expropriation forcée dûment transcrit, a eu pour effet d'opérer la purge des hypothèques inscrites, comme de celles que la loi a dispensées d'inscription, mais en réservant expressément le droit de tous ces créanciers sur le prix; que, pour que la libération de l'adjudicataire puisse être prononcée et l'inscription d'office radiée, il serait nécessaire, à défaut d'ordre judiciaire, de justifier du consentement de tous ces créanciers, quelle que soit la nature de leur droit; que, toutefois, à raison de la dispense d'inscription profitant aux créanciers à hypothèque légale, on a dû régler l'exercice de leur droit, et leur impartir un délai passé lequel ils ne seraient plus recevables à invoquer leur droit de préférence sur le prix; que c'est ce qui a été fait par la disposition précitée de l'article 717, aux termes de laquelle les créanciers à hypothèque légale non inscrits ne conservent leur droit sur le prix qu'à

la condition de produire avant la clôture de l'ordre amiable ou, en cas d'ordre judiciaire, avant l'expiration du délai fixé par l'article 754 du Code de procédure civile; que de cette disposition, aussi formelle que précise, il résulte que le droit de ces créanciers subsiste tant qu'un ordre amiable n'est pas intervenu ou que les délais de l'article 754 ne sont pas écoulés si l'ordre est judiciaire. » Le jugement ajoute que l'ordre amiable doit être soigneusement distingué du règlement consensuel, et qu'il serait erroné de lui attribuer le pouvoir d'éteindre, conformément à l'article 717, le droit des créanciers à hypothèque légale sur le prix. Les travaux préparatoires de la loi du 21 mai 1858, souvent invoqués en ce sens, ne donnent pas la solution de la difficulté, car ils ne peuvent ajouter à la loi et se substituer à elle, surtout lorsqu'il s'agit d'une déchéance à prononcer.

On invoque, en effet, dans l'opinion générale, pour valider la radiation de l'inscription d'office après l'ordre consensuel, une déclaration formelle qu'on retrouve à deux reprises dans les travaux préparatoires de la loi du 21 mai 1858 : la première fois, dans le rapport même qui fut présenté au Corps législatif; la seconde fois, au cours de la discussion qui s'éleva dans cette Assemblée. On posa, à cette occasion, la question de savoir si l'article 717 s'appliquait aussi bien à l'ordre consensuel qu'à l'ordre amiable. Le rapporteur répondit que, si l'on avait visé

spécialement les articles 751 et 752, c'est parce que, relativement aux ordres réglés à l'amiable devant le juge commissaire, il était nécessaire d'empêcher que l'exercice du droit de préférence ne fût indéfiniment prolongé, à la faveur de tentatives de conciliation qui n'auraient abouti que longtemps après l'expiration du mois accordé pour procéder au règlement devant le juge commissaire, l'article 752 n'ayant pas été observé pour l'ouverture de l'ordre judiciaire. Mais il ajoutait : « Les principes posés pour l'ordre judiciaire se reflèteront naturellement dans l'ordre réglé devant notaire. La jurisprudence devra, par analogie, les appliquer et avoir égard à la pensée d'une prompte déchéance du droit de préférence séparé du droit de suite. Cela résulte des principes posés par le projet de loi qui organise cette déchéance dans des termes réciproquement analogues, sinon complètement identiques, pour ces deux espèces d'ordres, objet des prévisions du législateur » (*Moniteur* du 14 avril 1857, Rousseau et Laisney, v^o *Ordre*, n^o 13. *Sir.*, *Lois annotées* de 1858, pages 41 et 42). Or, le tribunal de la Seine n'accueille pas cette argumentation dans le jugement du 8 février 1909 ; il estime que l'ordre consensuel n'a pas pour résultat d'anéantir le droit de préférence des créanciers à hypothèque légale, et il invoque cette raison, assurément décisive, que l'ordre consensuel ne peut pas être assimilé, quant à ses effets, à l'ordre

judiciaire ou à l'ordre amiable. Ces deux modes de procédés, en vue d'arriver à la libération de l'immeuble, sont séparés par des différences profondes et irréductibles, qui ne concernent pas seulement la forme ; notamment les droits des créanciers à hypothèque légales sont mieux protégés dans l'ordre judiciaire ou l'ordre amiable à raison de la publicité et des délais que comportent l'un et l'autre : « Attendu qu'il y a entre les deux façons de procéder autre chose que des différences de forme, et qu'il est constant que les droits des créanciers à hypothèque légale sont mieux sauvegardés, si la distribution du prix a lieu en vertu d'un ordre soit judiciaire, soit amiable, lesquels, en effet, comportent nécessairement une certaine notoriété et l'observation de délais légaux, que, si ce règlement était fait au moyen d'un ordre dit consensuel, lequel ne comporte aucune publicité et peut avoir lieu le lendemain même de la transcription de l'adjudication. »

De plus, le tribunal remarque qu'aucune des dispositions de la loi de 1858 ne prévoit l'ordre consensuel : il est valable, sans doute, comme toute convention régulièrement formée ; mais, ainsi que tout contrat, il n'a d'effet qu'entre les parties en cause ; il ne peut nuire à ceux qui y sont restés étrangers. Enfin, conclut le tribunal, « si la loi du 21 mai 1858 a disposé que le jugement d'adjudication sur saisie opérerait la purge des hypothèques inscrites ou non, c'est

après l'accomplissement de formalités et sous des conditions qu'elle a précisées avec soin; si bien que ces dispositions forment un ensemble auquel il n'est pas permis d'ajouter ou de modifier quoi que ce soit, et qu'en conséquence, pour que cette purge produise tous ses effets et notamment celui d'éteindre le droit réservé sur le prix aux créanciers hypothécaires, il est nécessaire de se soumettre aux règles édictées par la dite loi, c'est-à-dire de faire le règlement du prix au moyen d'un ordre amiable ou judiciaire. »

Il paraît donc bien résulter de la jurisprudence actuelle (en attendant que la Cour d'appel de la Seine ou la Cour de cassation aient à se prononcer sur cette question, qui sera vraisemblablement portée devant elles), que l'ordre consensuel ouvert après une saisie immobilière est impuissant à amener l'extinction du droit de préférence des créanciers à hypothèque légale sur le prix de l'immeuble. L'assimilation invoquée à cet égard, en prenant pour point d'appui les travaux préparatoires de la loi de 1858, n'est nullement probante, car, si cette assimilation paraît avoir été désirée par une partie des auteurs de la loi de 1858, elle n'a pas été réalisée par le texte de la loi; on trouve même dans un passage de la discussion la déclaration suivante émanant de M. de Férieu, vice-président du Conseil d'État: « L'ordre consensuel, qui n'est qu'un contrat ordinaire, n'est plus un ordre de distribution de prix fait sous la di-

rection de la justice et tombant sous le coup de l'ancienne loi ou de la nouvelle » ; ce qui semble bien démontrer que l'ordre consensuel a un pouvoir libératoire moins énergique au profit de l'acquéreur que l'ordre judiciaire ou même amiable et qu'il ne peut engendrer les effets prévus par les articles 717 et 772. C'est d'ailleurs chose fort grave que de déclarer des créanciers à hypothèque légale déchus de leur droit, surtout en conséquence d'un acte privé, dépourvu de toute publicité, dépendant, quant à sa teneur et à l'époque de sa passation, de la seule volonté des parties. Une semblable libération de l'immeuble se conçoit beaucoup mieux à la suite d'un ordre opéré en justice, dans les conditions de délai et de publicité minutieusement réglées par la loi. Dès lors, il semble que les conservateurs sont en droit de refuser, en présence d'un ordre consensuel, la radiation de l'inscription d'office, tant que les justifications exigées par l'article 771 ne leur auront pas été produites. Sinon le conservateur pourrait engager sa responsabilité, en étendant une radiation au delà des limites tracées par les termes de l'acte déposé à son bureau, ou par la portée légale de cet acte ; il doit se borner à rayer la saisie et l'inscription d'office du chef seulement des créanciers qui ont concouru au règlement consensuel et qui ont, en fait, consenti à la main levée de ces saisie et inscriptions. Il y a danger à faire disparaître une inscription en se con-

tendant de la renonciation de tous les créanciers connus, car on sacrifie alors les droits des créanciers ignorés.

En définitive, pour que l'inscription prise d'office disparaisse valablement à l'égard des tiers, le conservateur a raison d'exiger la mainlevée de tous les créanciers hypothécaires inscrits ou non, car tous participent, jusqu'au paiement, au privilège du vendeur, et c'est alors seulement que la radiation est justifiée par la renonciation de tous les ayants droit ; sinon, on risque toujours d'aboutir à ce résultat inique que certains créanciers pourraient priver d'autres créanciers, non appelés, du droit de prendre leur part des collocations effectuées. Enfin on conçoit que les conservateurs hésitent à opérer la radiation dont il s'agit, car ils encourent une responsabilité fort lourde. Le conservateur est, en effet, un mandataire des parties et un mandataire salarié, puisqu'il touche une rémunération des particuliers obligés de recourir aux formalités hypothécaires. Sa responsabilité s'apprécie dès lors sur la base de la *culpa levis in abstracto* ; il importe, dès lors, pour lui de n'opérer la radiation que conformément à la loi et aux droits des parties. Il n'est à l'abri de toute réclamation que lorsqu'il est établi qu'il n'a pas agi à la légère, et qu'il s'est entouré de tous les renseignements propres à l'éclairer (Cass., 13 avril 1863, S. 63. 1.297). Mais, s'il a commis un oubli, une négligence ou une

imprudence, il est tenu de réparer le dommage causé par sa faute.

On objectera, peut-être, que l'opinion à laquelle nous nous rallions est de nature à entraver l'usage de l'ordre consensuel, qu'il convient cependant d'encourager à raison des économies de temps et d'argent qu'il procure aux parties. Mais, si désirable que soit ce résultat, il nous paraît qu'il est condamnable de chercher à l'atteindre au prix d'une violation plus ou moins directe de la loi. — Toutefois notre opinion n'a pas été adoptée par la jurisprudence, qui, en établissant une distinction bien nette entre la vente volontaire et la saisie immobilière, par application des articles 717 et 772 du Code de procédure civile, a admis la possibilité d'un règlement consensuel en présence d'une aliénation volontaire, et l'a déniée en présence d'une saisie pure et simple.

Vu : le Président de thèse.

TISSIER

Vu le Doyen
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

GARSONNET ET CÉSAR BRU. — Traité théorique et pratique de procédure civile, 2^e édition, 1898-1906, 2 volumes.

GLASSON ET TISSIER. — Précis théorique et pratique de procédure civile, 2^e édition, 1908, 2 volumes.

BAUDRY-LACANTINERIE ET DE LOYNES. — Du nantissement des privilèges et des hypothèques, 2^e édition, 1899.
Tome III.

BOULANGER ET DE RÉCY. — Traité théorique et pratique des radiations hypothécaires, 2^e édition, 1886, 2 volumes.

CHAUVIN. — Nature et effets juridiques de la mainlevée et de radiations des hypothèques. Thèse, Rennes, 1900.

Journal des Conservateurs des hypothèques, années 1908-1909.

Sirey, 1909.2.169 ; note anonyme.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction. — Caractères généraux des procédures d'ordre.	5
CHAPITRE PREMIER. — Nature et caractère juridique de l'ordre consensuel.	15
CHAPITRE II. — Des personnes qui doivent concourir à l'ordre consensuel et de leur capacité . . .	35
CHAPITRE III. — Des effets de l'ordre consensuel, spé- cialement en ce qui concerne l'exercice du droit de préférence attaché à l'hypothèque légale	64
BIBLIOGRAPHIE	101

